

رَفَعُ

عبد الرحمن النخعي
أسكنه الله الفردوس

بسم الله الرحمن الرحيم

٢

الحمد لله الذي هدانا لهذا
ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
والحمد لله رب العالمين

بسم الله الرحمن الرحيم

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

رَفَعُ
عَبْدُ الرَّحْمَنِ الرَّحْمَنِيُّ
أُسْلَمَةُ النَّبِيِّ النَّبِيُّ

الملكية

في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية
معناها - أنواعها - عناصرها - خواصها - قيودها

تأليف الأستاذ

علي الخفيف

١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م

ملتزم الطبع والنشر

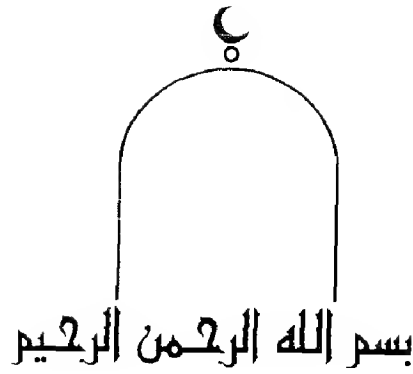
دار الفكر العربي

الإدارة : ٩٤ شارع عباس العقاد - مدينة نصر

ت : ٢٧٥٢٩٨٤ فاكس : ٢٧٥٢٧٣٥ -

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس



﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا...﴾ *

قرآن مجيد

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس



الحمد لله رب العالمين، وصلاة الله وسلامه على سيدنا محمد إمام المرشدين الهادى إلى الحق المبين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد : فهذه دراسة لموضوع الملك فى الفقه الإسلامى مقارنة بما له فى الفقه الوضعى من بحوث وآراء أرجو أن يكون لها بالتقاء الفقهاء واجتماعهما فيها أحسن الأثر فى تجلية خصائص الملك، وما للفقهاء من اتجاهات فى تحليله وبيان عناصره وآثاره وتحديد نطاقه وما له من صور وأوضاع اختلفت وتعددت باختلاف البيئات والأوطان والعادات، وبمثل هذه الدراسات المقارنة نرجو أن نهتدى إلى قول الحق فى تفهم الملك وتحديد نطاقه، وبيان أغراضه وثمراته. فإن نظام الملك وما يتصل به ذو أثر بالغ فى حياة الأمم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ومن ثم كان سريع التطور والتغير بمرور الزمن وتطور المجتمعات وتغير أساليبها السياسية وآرائها الاجتماعية بسبب ما يتعرض له من صور. وما يفرض عليه من قيود، وما يطلب منه من غايات وأغراض.

ولما كان الملك نوعا من الحقوق كان التعريف به متطلبا أن يسبق بتمهيد فى الحق وأقسامه وخصائصه بصفة إجمالية؛ ليتبين موضعه بين الحقوق المختلفة المتعددة الأنواع إذ إن ذلك أوفى بالغرض وأقرب إلى تحقيقه.

الحق

استعمل علماء الفقه الإسلامى اسم الحق كثيرا فى مواضع مختلفة وفى معان عديدة متميزة ذات دلالات مختلفة على الرغم من انتظامها فى معنى عام يجمعها هو الثبوت. ومع كثرة استعمالهم إياه لم يعنوا ببيان حدوده فى مواضع

استعمالاته المختلفة، بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوي ودلالته عليه ووفائه بجميع استعمالاته في اللغة والعلوم ومخاطبات الناس.

ومعناه في اللغة الأمر الثابت الموجود. وعلى أساسه استعماله الفقهاء فأطلقوه على كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا أى بحكم الشارع وإقراره، وكان له بسبب ذلك حمايته سواء أثبت هذا الحق لشخص من الأشخاص أم لعين من الأعيان، كحق الشرب، وسواء أكان هذا الحق ممثلا لاختصاص أم للملك. ولا نبعد إذا ما ذهبنا إلى تعريفه في الفقه الإسلامى مذهبا نستمده من استعمالاتهم إياه. فنعرفه بأنه ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته. وعلى هذا الأساس قالوا من حق فلان أن يفعل كذا، أو أن يملك. وهذه العين حق لفلان، ولفلان حق قبل فلان، كما أطلقوه على ماله ضرب من الاختصاص، فأطلقوه على العين فقالوا: هذه الدار أو هذه الشاة حق لفلان، وعلى المنفعة، فقالوا: سكنى هذه الدار أو ركوب هذه الدابة حق لفلان، وعلى المصلحة، فقالوا: ولاية هذا المال حق لفلان، وحضانة هذا الصغير حق لفلانة، فأطلق على المال عقارا كان أم منقولا، وعلى المصلحة مالية كانت أم أدبية.

وكذلك أطلقوه على مرافق العقار، كحق الشرب وحق المسيل وحق التعلية، لما فيها من معنى الاختصاص.

وقد جاء فى تبیین الحقائق «شرح الكنز» للسزلى أن الحق ما استحقه الإنسان. وهذا التعريف ظاهر فى أنهم يريدون بالحق ما استحقه الإنسان على وجه يقره الشارع ويحميه فيمكنه منه ويدفع عنه. وهذا تعريف يجعل الحق فى الفقه الإسلامى قريبا مما عرف به فى الفقه الوضعى إذا ما غرضنا النظر عما يراه الفقه الغربى فى الحق من أنه لا يكون إلا مالا مع مراعاة اختلاف معناه فى الفقهاء.

ومن الفقهاء من أطلق اسم الحق فى مقابلة العين، كالحنفية. ولعل أساس هذا الإطلاق أن مالىس عينا ليس له قيام مستقل وإنما يتميز ويتعين بإضافته إلى غيره واختصاصه به فأطلق عليه اسم الحق مراعاة لهذا الاختصاص، وهذا أساس وصفه عند الحنفية بأنه ليس بمال إذ إن المال فى نظرهم لا يكون إلا عينا قائمة بذاتها. وهذا أساس استعماله فى آثار العقود فقالوا: حقوق العقد، ولا يريدون بذلك إلا آثاره من مصالح تضاف إلى طرفيه؛ لاستحقاقهما لها شرعا.

أما الحق في الفقه الوضعي : فقد اختلف معناه باختلاف النظر إليه ، فمن نظر إلى موضوعه عرفه : بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون لصاحبها . ومن نظر إلى صاحبه عرفه : بأنه قدرة أو سلطة حولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معين معلوم . ومن راعى النظرين عرفه : بأنه رابطة قانونية تجعل لشخص على سبيل الانفراد والاستثثار ولاية التسلط على شيء أو المطالبة بأداء معين من شخص آخر ، وإن شئت قلت : إنه الصلة التي تكون بين طرفين منطوية على مصلحة يحميها المشرع . وبهذا التعريف ننظر إلى الحق نظرة موضوعية واقعية ، دون أن نخلط بينه وبين موضوعه أو محله ، وأظهرنا ما لطرفي الحق من أهمية .

وهو بهذا النظر لا يتناول إلا الحقوق الثابتة للناس بعضهم قبل بعض بمقتضى القانون ، ولا يتناول ما توحىه الأخلاق وآداب السلوك والتقاليد مما لا تتعرض له القوانين ، كما لا يتناول ما يسمى في الفقه الوضعي بالمكنة أو الرخصة مما يطلق عليه فقهاء الشريعة اسم الحق في أساليبهم . وكذلك لا يتناول نوعا آخر من المكنات ذات الاختصاص يراه رجال القانون في منزلة وسطى بين الرخصة والحق إذ يرونه أدنى من الحق وأعلى من الرخصة ، وهو ما يسميه فقهاء الشريعة بحق التملك ، وذلك مثل حق الشفيع في تملك العقار المبيع المشفوع فيه ، وحق الشريك في الدين في تملك ما يوازي حصته مما استوفاه شريكه الآخر من الدين المشترك بينهما ، وحق الوارث في تملك التركة المستغرقة بالدين عند الحنفية ، ولم يكن هذا النوع من الحقوق حقا عند فقهاء الفقه الوضعي ؛ لأنه ليس بذى قيمة مالية بدليل عدم جواز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر ، وعلى الجملة لا يرى فيه خصائص المال .

على أنه ينبغي أن نشير هنا إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء ، مثل «جوسران» وهو أن للحق وظيفة اجتماعية لم يكن وجوده وشرعه إلا لتأديتها ، وعليه إذا ما استعمل الحق لمجرد الإضرار بغير صاحبه أو لتحقيق غرض غير مشروع فإنه لا يكون في هذه الحال حقا . وهذا ما يتسق مع ما للنظر إلى الحق على أنه صفة قانونية تستلزم واجبات معينة إذ إن ذلك يستوجب على صاحبه دائما عدم التعسف في استعماله . وأنه ليس إلا أحد طرفي علاقة قانونية يتولد عنها التزامات بالنسبة إليه ، كما يتولد عنها حقوق يتطلبها من غيره .

والشريعة الإسلامية لا تنكر هذا النظر ولا هذا التعريف بل تقره وتوثقه، وتعريف الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون ينطبق تمام الانطباق على عدد عديد من الحقوق والمصالح المتقومة في الشريعة الإسلامية التي تحميها الشريعة لصاحبها وتسمى فيها باسم الحق في تعبيرات الفقهاء الإسلاميين وفي بيانهم، كحق المستأجر في الانتفاع بالعين المستأجرة، وحق المالك في الانتفاع بما يملك، وحق الموصى له في الانتفاع بالموصى به وغير ذلك من الحقوق التي تقرها الشريعة وتحميها وتطلق عليها اسم الحق.

وكذلك تعريفه بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الاستئثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر. أو تعريفه بأنه صلة بين طرفين تنطوي على مصلحة يحميها الشارع ليس إلا بيان أشير فيه إلى معنى الحق ومصدره.

ومن المعلوم أن الروابط الشرعية التي تنشأ عنها الحقوق هي موضوع دراسة الشريعتين، ومن هذا يتبين أن الحق بالمعنى الذي ذهب إليه الفقه الوضعي لم يخرج عن إطلاقات الحق واستعمالاته في الفقه الإسلامي، وليس من فرق بين الفقهاء في هذا سوى أن الفقه الوضعي قد قصر استعمال الحق في مجال الالتزام على هذا المعنى الذي يدل على اعتباره مالا اصطلاحا منه فيه، بينما أن الفقه الإسلامي لم يكن له هذا الاصطلاح واعتمد في استعماله اسم الحق وضعه اللغوي ودلالته العامة التي شرحناها من قبل فكان في الفقه الإسلامي أعم منه في الفقه الوضعي^(١).

أنواع الحقوق :

والحقوق أنواع : حقوق عامة : وحقوق خاصة^(٢). والعامة هي التي يحكمها القانون العام، نظرا لتعلقها بحق السيادة، ولذا تكون للفرد قبل الجماعة

(١) النظرية العامة للحق، الدكتور شفيق شحاته في تعريفه للحق، وحق الملكية، للدكتور الصبغة.

(٢) ليس لفقهاء الشريعة مثل هذا التقسيم في الحق، بل يقسمونه نارة إلى حق لله تعالى وإلى حق للعبد وإلى حق يضاف إليهما ولكن اختصاصه بالله أقوى، ويعبرون عنه بما اجتمع فيه الحقان وكان حق الله فيه غالبا، وإلى حق يضاف إليهما ولكن اختصاصه بالعبد أظهر. ويعبرون عنه بما اجتمع فيه الحقان وكان حق العبد فيه غالبا، ويمثلون الأول بالإيمان وحرمة الزنى ونحوه مما شرعه الله لمصلحة عامة لا تخص فردا بعينه، ويمثلون الثاني بحرمة مال إنسان على غيره وبدينه مما شرع لمصلحة خاصة ويمثلون الثالث بحق القذف، =

لأباعتبارها شخصا معويا، كحقه عليهم في حمايته أو للجماعة قبل الفرد، كحقها في تقييم نشاطه بما يحفظ الأمن، وقد تكون للهيئات العامة المختلفة التي تتكون

ويمثلون للأربع بالقصاص

وتارة يقسموه إلى حق مجرد وحق غير مجرد

والحق المجرد عندهم ما كان غير متقرر في محله، ومعنى ذلك أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول بالتنازل عنه. بل مرجعه إلى رغبة مالكه ومشيتته إن رأى الخير في الانتفاع به انتفع وإلا ترك دون أن يترتب على تركه أو التنازل عنه تغير في حكم محله، وذلك كحق الشفعة فإنه في الحقيقة نوع من الولاية أعطيت للشفيع، وهي أن يملك العقار بعد أن يملك المشتري، وملكية المشتري لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فلا تعلق له بالمبيع إلا على هذا الوجه ولا يرى للشفيع فيه حق مستقر يحدد من تصرف المشتري فيه وانتفاعه به، فحاله بعد التنازل عن الشفعة هي حاله قبل التنازل عنها، وكذلك الحال في حق المرور بالنسبة للطريق، وحق الولاية على المال بالنسبة للمال وهكذا.

وغير المجرد وهو ماله تعلق بجعله تعلق استقرار وذلك بأن يكون لتعلقه أثر أو حكم قائم في محله يزول بالتنازل عنه، مثل حق القصاص فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ومع قيامه وتعلقه يكون غير معصوم الدم بالنسبة لولى القصاص، وبالتنازل عن القصاص يصير معصوم الدم، وكذلك حق الاسترقاق له أثر ظاهر في الرقيق، فإذا أعتقه السيد زال هذا الأثر، وحق استمتاع الزوج بزوجه له في الزوجة أثر يسلبها بعض حريتها، فإذا زال بالطلاق ردت إليها حريتها كاملة، وحق انتفاع الموصى له بالعين الموصى بمنفعتها فإن ملك الرقية عند قيام هذا الحق ملك مقيد بقيود روعى فيها حق الموصى له فلا يتصرف مالكاها بالمبيع مثلا إلا للموصى له وبعد التنازل عنه ترتفع هذه القيود. والحق بهذا المعنى لا يكون إلا مصلحة وقد تكون هذه المصلحة أمرا اعتباريا لا وجود له إلا افتراضا بفرض الشارع وحقه، كحق الشفعة وحق الحضانة، وقد يكون أمرا ذا وجود خارجي ظاهر، كحق السكنى وحق المرور، ولكونه مصلحة أو منفعة لم يكن من المال ولم يجز بيعه استقلالا، أما بيعه تبعا لما يتعلق به من الأموال فجائز كحق المرور وحق المسيل، ذلك ما يذهب إليه الحنفية.

ويلاحظ أن ما كان من الحقوق غير مجرد صح إسقاطه نظير مال عندهم، كحق القصاص وحق الانتفاع الثابت للموصى له في العين الموصى بمنفعتها فيجب دفع المال المبذول لصاحب الحق نظير إسقاطه ولكن لا على معنى المعاوضة بين الحق والمال المبذول ولكن على معنى بذل المال لحمله على إسقاط الحق، كما يبذل المال من المدعى عليه للمدعى فداء عن اليمين إذا طلبها، وقال صاحب الكافي: إن جواز ذلك مبني على أن ملكية هذه الحقوق تشبه ملكية الأعيان أو ملكية المنافع بالعقد فجاء لذلك أن تقوم بالعقد بين صاحب الحق ومن التزم له بالمال، كما جاز أن تقوم المنفعة بعقد الإجارة، ولم يجوز الحنفية إسقاط الحقوق المجردة نظير مال، كحق المنفعة وحق الأجل في الدين لعدم استقرارها في محلها، وذلك بناء على أن بذل المال في ذلك يعد رشوة وهي حرام.

وذهب بعض المالكية إلى أن الحق إن أطلق على حق أو على منفعة كان من المال وكان محلا للمعاوضة وإن استعمل فيما أباحه الشارع للناس من مصالح وكل الانتفاع بها أو التمسك بها أو تركها إلى رغبتهم لم يعد من المال، كحق الخيار وحق الحضانة وحق التظليل مما جعل مرجعه إلى إرادة صاحبه ومشيتته سواء أجاز إسقاطه بالمال كحق الزوج في الاستمتاع بزوجه وحق الشفعة على رأى لهم وحق القصاص أم لم يجز، ذلك لأن المال إنما وجب في هذه الحال ولزم لحمل صاحب الحق على إسقاطه لا عوضاً عن الحق نفسه إذ ليس له قيمة مالية يستحق عنها عوض مالي، وإن استعمل فيما يوفى بالمال وينول إليه كان مالا، كحق الدين وصلاح حينئذ لأن يكون محلا للتعامل.

منها الدولة لبعضها قبل بعضها الآخر، كحق أية هيئة حكومية قبل هيئة أخرى فى أن تتمكن من أن تقوم بمهمتها فى محيط ولايتها، كما تكون لدولة قبل دولة أخرى مما لا ينظمه القانون الخاص، كحق دولة قبل دولة تجاورها فى عدم الاعتداء على أمنها أو فى عدم مجاوزة حدودها.

والخاصة : هى التى تكون للأفراد لبعضهم قبل بعضهم الآخر، وقد تكون بين الفرد والدولة باعتبارها شخصاً معنوياً، فهى تقوم بين الأشخاص باعتبارهم أشخاصاً عاديين ويحكمها القانون الخاص.

وتنقسم الحقوق الخاصة ثلاثة أقسام :

حقوق الشخصية، وحقوق الأسرة، والحقوق المالية.

الحقوق الشخصية : تتمثل فى الحريات العامة التى كفلتها الدساتير لجميع الأفراد وطينين وأجانب على السواء، كحرية التنقل وحرية الاجتماع وحرية الرأى وحرمة المسكن، وهى تلازم الإنسان من ولادته إلى وفاته، وانتقاصها يعد انتقاصاً من الشخصية، ويتمتع بها الفرد بإزاء الدولة، كما يتمتع بها بإزاء غيره من الأفراد، ومن ثم تسمى حقوقاً عامة أيضاً، ومن ذلك يرى أنها تنظم علاقة الشخص بغيره من الناس وعلاقته بالدولة كذلك فى دائرتها الخاصة بها. فإذا قرر الدستور أن للمنازل حرمة كان من حق الشخص أن يدفع اعتداء السلطة العامة على مسكنه، وأن يمنع كذلك اعتداء غيره من الناس عليه إذا شاء كل منهما دخوله بغير مبرر قانونى.

وهذا النوع من الحقوق لا يقوم بالمال ولا يقبل التعامل به أو التنازل عنه ولا نقله من شخص إلى آخر ولكن الاعتداء عليه يولد التزاماً بالتعويض يلتزم به

أما الشافعية والحنابلة فيعدونه مالا إن أريد به عين أو منفعة من منافع الأعيان. أما إذا أريد به غير ذلك فإنه قد يكون مالا، كحق الدين وقد لا يكون مالا، كحق الحضنة.

هذا رأى فقهاء الشريعة فى قسمة الحق. أما رجال القانون فقد رأيت أنهم يقسمون الحق قسمين : حق مالى وحق غير مالى، والحق المالى هو الحق الشخصى، ويعد عندهم مالا، كما علمت أن الحق المعنوى يصير ماليا إذا صار محلا للتعامل وقام عليه نظام معاملة مالية بين الأفراد، وأساس ذلك هو العرف كما أشرنا إلى هذا.

المعتدى، عوضاً عن الحق المالى الذى ضاع بسبب الاعتداء ووقوع الضرر منه سواء أكان أدبياً أم مادياً.

أما حقوق الأسرة : فهى الحقوق التى تنظم العلاقات التى تنشأ عن رابطة الزوجية أو القرابة، وهى الروابط بين الزوجين وبين ذوى القربى بعضهم مع بعض. وهذه الروابط ليست ذات قيمة مالية وليست إلا سلطات لبعض أفراد الأسرة على بعضها الآخر، كسلطة الوالد على أولاده، والزوج على زوجته.

ويوجد من الحقوق التى تترتب على رابطة الزوجية أو القرابة ما يعد حقوقاً مالية، كحق النفقة وحق الإرث، ولمخالفة هذا النوع لسائر حقوق الأسرة فى تقومه دونها عدّ من الحقوق المالية ولم يعتبر من حقوق الأسرة.

أما الحقوق المالية : فهى الحقوق التى تقوم بالمال^(١) فيكون محلها مالا أو مقوماً بالمال وتنظم العلاقات المالية بين الشخص وغيره وتتميز عن سائر الحقوق

(١) المال فى نظر القانون هو كل ما يتنفع به وأمكن أن يكون محلاً لحق من الحقوق الشخصية أو العينية أو كل ماله قيمة اقتصادية ومنه تتألف الثروة، وتثبت المالية للأشياء إذا كانت مملوكة أو قابلة لأن تملك فما لا يقبل الملكية كالصحة والشرف والهواء فى الجو والماء فى البحر والشمس والنجوم وغيرها من الأشياء لا يعد مالا وإن كانت ضرورية أو نافعة فى الحياة. ومن ذلك يتبين أن الشيء أعم من المال.

أما ما يتنفع به أو يكون صالحاً لأن يتنفع به ويصلح أن يكون موضوعاً للحقوق فإنه يعد من المال وإن لم يكن مملوكاً فعلاً سواء أكان مادة أم كان معنى من المعانى، فالأسماء فى البحار والفلات فى معادنها تعد من الأموال وإن لم يكن لها مالك، وذلك لصلاحياتها لأن تكون مملوكة ومتسفعا بها، والابتكارات الفنية والعلمية والصناعية، كحق الملكية الفنية وحق الملكية الصناعية تعد أموالاً أيضاً بخلاف العرف بالانتفاع بها وصلاحياتها لأن تكون ملكاً لصاحبها وإن لم تكن مادة، وعلى ذلك كان المال فى عرف القانون متناً ولا كل ما هو عنصر من عناصر الثروة، كالعقارات والمنقولات والديون والمنافع والحقوق وغير ذلك من الأشياء التى تصلح أن تكون موضوعاً لحق مالى.

ومن رجال القانون من ذهب إلى أن المال ما كان مملوكاً وأن الشيء لا يعد مالا إلا إذا دخل فى ملك شخص من الأشخاص وعلى ذلك عرف المال بأنه ما امتلّكه الإنسان فعلاً وأصبح جزءاً من ثروته، «شرح قانون الملكية العقارية لزهدي يكن، ص ٣»، وهذا خلاف مرده إلى الاصطلاح فيما يسمى مالا.

والشيء فى الحقيقة ليس إلا محلاً للحق المالى، وليس هو ذات الحق سواء أكان الشيء مادياً أم غير مادى، وذلك لما هو معروف من أن الحقوق إما التزامات بين الأفراد إن كانت شخصية وإما سلطات تنصب على الأشياء إن كانت غير شخصية سواء أكانت عينية أم معنوية، وهذا لا يتعارض مع ما سيأتى بيانه من أن الحق المالى مما يطلق عليه اسم الشيء إذ هو شئ بالنظر إلى ذاته وإن كان محله شيئاً من الأشياء.

أما المال عند فقهاء الشريعة فهو أخص منه عند رجال القانون ذلك أنه عند الحنفية ما أمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً عادياً جائزاً فى غير حالات الضرورة، ولذا لا يكون المال عندهم إلا عيناً =

= من الأعيان - أى مادة لها حيز - ولا تعد المنافع ولا الحقوق عندهم من الأموال، وكان الدين فى نظرهم ليس بمال وإن قالوا إنه مال حكما أى له حكم المال، وكذلك الميتة ليست بمال؛ إذ ليس الانتفاع بها جائزا فى غير حال الضرورة، وقالوا إن حبة الأرز أوحية البر ليست بمال لأن الانتفاع بها إن حدث ليس عاديا، وعلى ذلك لا تكون الملكية الأدبية التى يقرها الفقه الوضعى من المال، وكذلك ما فى معناها، كالملكية الصناعية، ومن تعريفهم له أيضا قولهم إن المال ما يميل إليه الطبع وأمكن ادخاره لوقت الحاجة ولا يكاد يختلف عن سابقه ذلك رأى الخفية فى المال، وخالفهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فلم يشترطوا فى المال أن يكون مادة يمكن حيازتها حيازة حسيبة بل اكتفوا بأن يكون فى مكنة صاحبه التسلط عليه ومنعه عن غيره ولو بحيازة مصدره. ولذا كانت المنافع عندهم أموالا، لأنها تمنع بحيازة مصادرها ويتحقق الانتفاع بالاستيلاء على تلك المصادر، ولذا فإن المال قد يكون عيناً وقد يكون غير عين كالمنافع، وقالوا إن من الحقوق أيضا ما يعد مالا إذا ما جرى التعامل به وأصبح ذا قيمة مالية؛ لأنه لا يعدو أن يعد من المنافع، وإذا ما وقفنا عند ذلك كان المال فى الفقه الوضعى أعم وأشمل منه فى الشريعة. فنشاط الإنسان فى عمله وفى حياته الاقتصادية يعد ذا قيمة مالية فى الفقه الوضعى، ومن ثم عد مالا فيه، ولا يتناول اسم المال فى الشريعة عند الخفية.

ومن الفقهاء من صرح بأن المالية ليست إلا صفة للأشياء، بناء على تحول الناس واتخاذهم إياها مالا ومحلا لتعاملهم، وذلك لا يكون إلا إذا دعتهم حاجتهم إلى ذلك فمالت إليه طباعهم وكان فى الإمكان التسلط عليه والاستئثار به ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة بل يكفى أن يكون الحصول عليها ميسورا عند الحاجة إليه غير مستعذر وذلك متحقق فى المنافع وفى كثير من الحقوق فإذا ما تحقق ذلك فيها عدت من الأموال بناء على عرف الناس وتعاملهم، وهذا رأى وجيه يتفق مع ما صار إليه التعامل فى هذا العصر، إذ قد انتهى الأمر فيه إلى اعتبار ذلك الورق المسمى «بالبنك نوت» مالا حل محل النقود ذهبية وفضية، فإذا ما انتهينا إلى هذا الرأى بناء على أن العرف فى الشريعة له اعتباره ما دام أنه لا يعارض نصا ولا يتصادم مع أصل من أصول الدين رأينا أن الخلاف بين الفقهاء أن معنى المال يتلشى أو يكاد.

وفى هذا المقام يحسن أن نوضح الصلة بين المال والشيء، والعين والمنفعة والحقوق؛ نظرا لاستعمال الفقهاء هذه الأسماء وتعرضهم لها عند بيان معنى المال والكلام عن المالية حتى يتجنب الالتباس بينها وتوضح معانيها، وقد ذكرنا فيما سبق معنى المال والحق فى الفقهاء وبيننا ما بينهما من خلاف فيهما.

أما الشيء فقد ذكر فى المصباح أنه عبارة عن كل موجود حسا، كالأجسام أو حكما، كالأقوال، إذ لا وجود للأقوال إلا عند سماعها. ومن العلماء من ذهب إلى أن الشيء هو كل ما يصح أن يعلم ويخبر عنه، وعلى ذلك يطلق على الموجود وعلى المعدوم وهو بهذا المعنى أعم من سابقه إذ إنه يتناول ما لا وجود له حكما. ومن العلماء من ذهب إلى أنه لا يطلق على الموجود حسا، وعلى أية حال، فإنه يكون أعم من المال فى جميع إطلاقاته.

ويستعمل رجال القانون اسم الشيء فى كل مالا بعد شخصا مما له كيان مستقل مادى يجعله صالحا لأن يكون محلا لحقوق الأشخاص، فأجزاء الجسم وأعضاؤه ما دامت غير منفصلة عنه لا تعد من الأشياء ولكن إذا انفصلت عنه وأصبح لها كيان مستقل ذاتى أمكن أن تعد من الأشياء، ويقتضى هذا البيان أن الشيء لا يكون إلا ماديا، وهذا اصطلاح لم يكتب له الدوام فقد اتسع بعض الشيء حتى صار يطلق اسم الشيء فى كل ماله كيان ذاتى مستقل سواء أكان ماديا يدرك بالحوس أم معنويا لا يدرك إلا بالشعور كافكار المؤلفين وابتكارات المخترعين وغير ذلك من الحقوق المعنوية وعلى هذا يكون أعم من العين كما سيتبين مما يأتى «حسن كبيرة، ص ١٠١، من المدخل» وهذا الإطلاق أخص فى المعنى من الإطلاق الأول المنقول من المصباح لعدم صلاحيته لإطلاقه على الأشخاص.

الأخرى بأنها تقبل التنازل كما تقبل الانتقال من شخص إلى آخر، فصلحت لأن تكون محلاً للتعامل، وأمكن لذلك الحجز عليها إذا لم يمنع من ذلك كله قانون، ومن هذه الحقوق يتكون العنصر الإيجابي للذمة وقد يكون محلها مادة وقد يكون غير مادة.

وهي إما حقوق عينية، وإما حقوق شخصية، وإما حقوق معنوية :

فالحقوق الشخصية : هي الالتزامات التي تقوم بين الأفراد، وهي عبارة عن الحقوق التي تقوم بين شخصين معينين أو أكثر، ومحلها قيام المدين بعمل إيجابي أو سلبى مطلوب منه، مثل إقامة بناء أو نقل بضاعة أو امتناع عن إقامة حائط أو رفعه، ومن هذا النوع قيام المملك بنقل ملكية شيء إلى غيره، كما فى العقود الناقلة للملكية.

= أما اسم العين فإنه لا يطلق إلا على ماله وجود حسى (مستقل) من كل ماله حيز من الفراغ، كالأجسام، وعلى ذلك فهو أعم من المال وأخص من الشيء إذا راعينا المعنى الأخير إذ يطلق على الأشخاص ولا يطلق عليها اسم الشيء، وكذلك إذا راعينا المعنى الأول المنقول من المصباح إذ إن الشيء يطلق على الموجود حكماً كالأقوال ولا يطلق عليها اسم عين، أما إذا راعينا المعنى الثانى فإن الصلة بينهما تكون العموم والخصوص المطلق إذ يطلق الشيء على ما ليس عيناً كافتكار المؤلفين واختراعات المخترعين فى حين أن كل عين شيء. وللمالكية استعمال فى العين فيريدون بالعين الذهب والفضة وهو معنى لغوى لهذه الكلمة.

وأما المنفعة فهى اسم من النفع ضد الضرر، والنفع هو الخير من كل ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، ولا يستعمل الفقهاء هذا الاسم فى الفقهاء إلا فيما يطلب من الأعيان أو الأعمال فى سد الحاجات وكسب الطيبات من الرغبات والملذات. ومن ثم كانت المنفعة صفة من الصفات التى ليس لها قيام فى ذاتها ولكنها تقوم بغيرها مما يستعان به فى الوصول إلى الخير عينا كان أم عملاً من الأعمال. وقد جاء فى هذا المعنى قوله تعالى : ﴿ قل لن تنفعكم أرحامكم ولا أولادكم ﴾ وجاء فى بعض الآثار : لن ينفعك إلا عملك، ويلاحظ أن النفع أو المنفعة عندما يكون من عمل من الأعمال فإنه يكون قد صدر من صاحب العمل وهو عين من الأعيان؛ ولذا كان من الممكن أن تقصر المنافع على الأعيان واعتبارها صفة لا تقوم إلا بها ولا تعد إلا من عوارضها وذلك مثل السكنى يطلب من الدور والركوب يطلب من الدواب والسيارات واللبس يطلب من الثياب والقراءة تطلب من الكتب وهكذا.

والمنافع لا تعد من الأموال عند الخفية بناء على ما بينا من قبل ولا يكون لها قيمة إلا فى عقود الإجارة وما فى معناها، أما عند غير الخفية فقد ذكرنا أنها تعد من الأموال، وقد بينا فيما تقدم أن كل ما جعل محلاً للتعامل والمعاوضة عد من المال وما لم يجعل محلاً لذلك لا يعد منه فظل الأشجار والجدر والاستغلال بها لم يتخذها الناس محلاً للتعامل فلم يكن معدوداً من المال ولم يكن له قيمة مالية وعلى هذا كان من المنافع ما يعد مالا كالسكنى والركوب والخدمة وإصلاح الآلات وكان منها ما لا يعد مالا كالتنفاع بضوء الشمس ودفئها وبهواء الجو والاستئناس بجوار الجار ونحو ذلك، هذا ولم تخرج المنافع عن أن تعد من الأشياء ، لما لها من وجود ظاهر الأثر ولكنها لا تعد من الأعيان كما بينا.

والحق الشخصى : بحسب طبيعته سلطة أو ولاية تثبت لشخص على شخص آخر ويسمى صاحبها بالدائن، ويسمى الشخص الآخر بالمدين، وهذه السلطة تجعل للدائن حق مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بعمل شيء أو بالامتناع عن شيء، ومن ثم لم يكن لصاحب الحق الشخصى أن يباشره ويستوفيه إلا بواسطة المدين، ولذا كان له ثلاثة عناصر : صاحب الحق ومحل الحق ومن عليه الحق.

أما الحقوق المعنوية : فهى التى ترد وتُنصب على أشياء معنوية لا تدرك بحاسة من الحواس وإنما تدرك بالعقل والفكر؛ كالأفكار والاختراعات، ولذا كان الحق المعنوى سلطة على شيء غير مادية هو ثمرة فكر صاحب الحق أو خياله أو نشاطه : كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية وحق الفنان فى مبتكراته الفنية، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية وهكذا.

وهذا الحق يعد فرعاً خاصاً من الملكية، إذ إنه كما تقدم عبارة عن سلطة تنصب على شيء ويخول صاحبه حق الاستغلال والتصرف، وإن كان بحكم طبيعته لا يقبل الاستثمار ولا يصح أن يكون مؤبداً ويرى أن محله غير مادية.

أما الحقوق العينية : فهى تلك الحقوق التى تنصب على شيء معين بالذات والشخص. والأصل فيها أن صاحبها يستطيع أن يباشرها بدون وساطة أحد. ولذا لا يرى لها إلا عنصران؛ صاحب الحق ومحل الحق، وبهذا تتميز الحقوق العينية من الحقوق الشخصية كل التميز. فمحل الحق العينية هو الشيء الذى يكون لصاحب الحق أن يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه. أما محل الحق الشخصى فهو كما سبق بيانه عمل يقوم به الملتزم أو الطرف الآخر فى العلاقة القانونية، وليس لتنوع الأعمال نهاية، وإن أمكن قسمتها قسمين؛ أعمال إيجابية، كإقامة بناء وأعمال سلبية، كالامتناع عن تعلية جدار ونحو ذلك.

أما الحقوق العينية فهى حقوق محصورة بمقتضى القانون وفى الزيادة ما نص عليه منها فى القانون خلاف بين رجال القانون، فمنهم من يرى وجوب الوقوف عندما جاء به القانون، ومنهم من يرى جواز إحداث حقوق جديدة لم ترد فى القانون.

وأهم الحقوق العينية : هو حق الملكية الذى سندرسه فى هذا الكتاب.

ومما سبق يتبين أن الفرق بين هذين النوعين من الحقوق يظهر فى ناحيتين :

أولاهما : أن الحق العينى بجميع أنواعه سلطة يختلف مداها ومقتضاها باختلاف طبيعة الحق، وتنصب مباشرة على عين معينة بالذات دون حاجة إلى توسط شخص آخر، فى حين أن الحق الشخصى ليس إلا رابطة أو التزاما قائما بين طرفين.

ثانيتها : أن محل الحق العينى مال معين مادى، ومحل الحق الشخصى فعل خارجى أو فعل نفسى، أى امتناع عن عمل، يمكن تقويم كل منهما بالمال، ومن هنا كان الأصل فى الحق العينى الأصلى أن يكون دائما غير مؤقت بمدة؛ لأنه متعلق بعين معينة لاصق بها باق ببقائها. أما الحق الشخصى فعلى خلاف ذلك إذ إن وضعه وتعلقه بمحله يقتضى أن يكون مؤقتا؛ لأنه متعلق بالأشخاص وأفعالهم، ووجودهم مؤقت.

هذه كلمة مجملة فى بيان الحق وأنواعه لدى فقهاء القانون، وإنه ليرى أن قسمته هذه القسمة لم تخرج عن أن تكون قسمة مستمدة من طبيعته ووضعه، وكانت لذلك قسمة بيانية تكشف عن حقيقة الحق وأوصافه وخصائصه، وكانت لذلك بمنأى عن الخلاف فيها، وليس يسع أى باحث أو فقيه إلا التسليم بها وبأن الحق فى واقعه وحقيقته يتنوع هذه الأنواع سواء أجعل هذا التقسيم محلا للبحث والبيان والتدوين أم لا، ومن ثم فإن الفقه الإسلامى لا يتنكر لهذه القسمة وإن لم يولها عناية أوجبت الإشارة إليها فيه.

وإذا كان الفقه الإسلامى لم يشر إلى هذه الأنواع، ولم يعرض لهذه القسمة فإنه مع ذلك قد عرف هذه الأنواع بأسماء أخرى، ولم يغفل بيان أحكامها غير مجموعة تحت عنوان واحد فى مواضع متفرقة حيث عرض لبيان أسبابها، وكان له فى الحق قسمة أخرى نظر فيها، أى ما للحق من ارتباط بما يعنى به من حيث إنه شريعة وضعت لتنظيم الصلات بين العبد وربّه، وبين العبد وأمثاله من الناس، فقسم الحق إلى حق لله وحق للعبد وحق مشترك بينهما وغير ذلك من القسمات الخاصة به الكاشفة عن جوانب أخرى من جوانب الحق لم يعن الفقه الوضعى بها؛ لعدم حاجته إليها.

خصائص الحق العيني :

للحق العيني خاصتان يتمتع بهما صاحبه دون صاحب الحق الشخصي .
ومردهما إلى ما بين الحثين من اختلاف في مضمون كل منهما .

أولاهما- حق التبعية : وذلك ما يستلزمه مضمونه فإنه إذ كان سلطة لصاحبه تنصب مباشرة على شيء معين بالذات غير متوقفة على وساطة شخص آخر ولا متقيدة بإرادته فإن هذه السلطة تثبت عليه لصاحبه في أي يد كان ذلك الشيء - وتتبعه أين كان وتقوم عليه ضد كل من يحوزه .

وهذا ما لا وجود له في الحق الشخصي إذ إن مضمونه مطالبة مدين بعمل ولا ينصب على شيء مملوك للمدين ولا يتعلق إلا بزمته وهي لازمة له . ومن ثم لا يستطيع صاحبه أن يتبع بناء على مقتضاه ما يتصرف فيه المدين من أمواله فيخرجه من يده إلى يد أخرى .

ثانيتها- حق الأولوية : ذلك أن طبيعته باعتباره سلطة تنصب مباشرة على شيء معين بالذات أن يكون صاحبه في مأمن من مزاحمة الدائنين أصحاب الحقوق الشخصية في حدود مضمون حقه . وذلك حين يطلبون وفاء حقوقهم من ذلك الشيء أو من ثمنه ، وهذا لأن حقه لازم للشيء المنصب عليه لاصق به ، فلا ينزع منه ومن ثم يتقدم صاحب الحق العيني بحقه عليهم ، فالمرتهن يتقدم على غيره من الدائنين في الوفاء ، لأنه صاحب حق عيني على العين المرهونة التي يراد منها الوفاء .

هذا وليس لصاحب الحق الشخصي أفضلية على غيره من أصحاب الحقوق الشخصية في الوفاء فهم جميعا سواء مهما اختلفت أوقات نشوء حقهم .

والفقه الإسلامي يعرف هاتين الخاصتين لبعض الحقوق ، فلمالك العين فيه أن يتبعها حيث توجد وفي يد أي حائر لها ؛ وذلك لتعلق حقه بها وهو ملكه لها فيدعيها ويخاصم كل من له يد عليها ويطلب تسليمها إليه . أما الدائن فليس يتعلق دينه إلا بذمة مدينه ، ومن ثم لم يكن له أن يتبع عينا لمدينه أخرجها من يده إلى يد شخص آخر بعقد تمليك إذ ليس لحقه تعلق بها ، وكذلك للمرتهن في الفقه

الإسلامى حق الأولوية بالنسبة للدائنين الآخرين على الوضع الذى شرحناه آنفا بالنسبة إلى الفقه الوضعى؛ وذلك لتعلق حقه بالعين المرهونة. ولنا الآن بصدد دراسة الحق وأنواعه وبيان أحكامه حتى نتصدى لبيان هاتين الخاصتين فى الفقه الإسلامى، ولمن تثبت من أصحاب الحقوق، وإنما أردنا فقط أن تنبه إلى وجود اتفاق بين الفقهاء فى الجملة من حيث ثبوت هاتين الخاصتين لبعض الحقوق دون بعضها الآخر فى الفقه الإسلامى وإن لم يسم ما تثبت له حقاً عينياً وما لم تثبت له حقاً شخصياً.



٢١٢ حق الملكية (١) - الملك

علمنا فيما سبق أن من الأشياء ما تثبت له صفة المالية فيعد مالا، ومنها ما لا تثبت له هذه الصفة، وعرفنا أن هذه الصفة إنما تثبت للشيء بتمول الناس له واتخاذهم إياه مالا يتعاملون به، وليس يتحقق ذلك إلا إذا تحققت فيه حيازة واختصاص، لأن ذلك ما يقوم عليه التعامل والتمول، فما حيز منه كان مملوكا، وما لم يحز منه كان مالا مباحا غير مملوك؛ لأن أساس الملك الاختصاص والمنع والتعامل. والمباح لا يتصور فيه التعامل بين الناس؛ لأنه للجميع فلا يمنع ولا يعطى، وهذه الحيازة أو هذا الاختصاص هو ما انتهى الأمر فيه إلى أن عبر عنه بالملك أو بالملكية في لسان الفقهاء من الباحثين في الفقه الإسلامى والفقه الوضعى، فكانت الملكية أو الملك اسما لهذه الحيازة أو لهذا الاختصاص فى التعبير العام، وكان من آثار ذلك اتجاه الفقهاء والقانونيين إلى التعريف بالملك والملكية وتحديد دلالاته ليكون ظاهر المعنى بين الحدود لا يلتبس بغيره بما له به شبه.

وفى بيان ذلك اختلف نظر فقهاء الشريعة، فمنهم من نظر إلى واقع هذا المعنى ومنشئه، ومنهم من نظر إليه وصفا أو حكما أقره الشارع، ورتب عليه آثارا ونتائج تلزمه ولا تتخلف عنه، وجعل له مع ذلك صفة الإلزام فكان على الناس أن يسلموا به وألا يقفوا منه موقف المعارضة، وذلك ما استوجب له الإقرار من الشارع أو الوجود فى نظر الشارع فضلا عن وجوده الواقعى.

فمن نظر إليه من الفقهاء النظرة الأولى عرفه، بأنه الاختصاص الحاجز، ومن هؤلاء القدسى فى كتابه الحاوى: إذ عرف الملك، بأنه الاختصاص الحاجز، ومعنى

(١) الملكية مصدر صناعى منسوب إلى الملك بكسر فسكون، وقد ورد الملك مثلث الميم ولكن شاع استعماله مكسور الميم ومفتوحها فى ملك الأشياء، وشاع استعماله بضم الميم فى الولاية العامة، أى «السلطة العامة للسلطان» فقيل فى هذا الاستعمال ملكت على الناس أمرهم ملكا بالضم، واستعمال اسم الملكية فى لسان رجال القانون أريد به الدلالة على معنى خاص ينبئ عن الصلة بين الإنسان والمال، ويطلقون عليها اسم حق الملكية، بينا أن هذا الاسم لا يكاد يستعمل فى الفقه الإسلامى إذ يستعملون كثيرا اسم الملك.

ذلك أن ملك الشيء هو الاختصاص به اختصاصا يمنع غير مالكه من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريق مالكه بتوكيل منه مثلا، أو عن طريق الشارع بإقامته نائبا عنه، فكان للمالك القدرة التي يمنع بها غيره من التصرف فيه والانتفاع به إلا عن طريقه.

وتعريف الملك بذلك يجعله متاولا لملك الأعيان، وملك المنافع، سواء أعدت من المال أم لا. وللك الحقوق على اختلاف أنواعها، سواء أكانت حقوقا مالية أم كانت غير مالية متى تحقق فيها اختصاصها بشخص اختصاصا يخول له القدرة على أن يحجز غيره ويمنعه من أن يكون له بها انتفاع، أو يكون له فيها تصرف نافذ. فجميع ما يختص به الإنسان من حقوق على هذا الوضع من الاختصاص يعد مملوكا له، ويعد هو مالكا لها وإن لم يعد من المال، وعلى ذلك يعد حق الشفعة مملوكا أو ملكا للشفيع، وحق المستأجر في عمل الأجير ملكا للمستأجر، وحق الدين ملكا للدائن، وحق الاستمتاع بالزوجة ملكا للزوج، وحق السكنى في الدور الموقوفة على طلبة العلم ملكا لطالب العلم. يلى إته على هذا التعريف يتناول ما ثبت للإنسان من حقه بطريق الإباحة إذا ما ثبت له على وجه الاختصاص به، كحق السكنى في حجرة صغيرة خاصة من رباط أبيض لمرباط معين مدة من الزمن، وذلك ما يعد نقصا في التعريف بالملك، إذ قد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الإباحة خلاف الملك ولا يسمى البياح له مالكا، ولا يعد الاختصاص بالمنفعة ملكا إلا إذا ثبت بسبب من الأسباب التي تقيد الملك.

وفى رأيى أنه إذا نظرنا إلى ما تدل عليه كلمة اختصاص من معنى التسلط والاستبداد الذى يقضى ألا يكون لأحد غير صاحبه تدخل فيه بالإنها، والذى يجعل متعلقها صفة لازمة لصاحبه، وإلى أن حق البياح له رهن ثبوته بإرادة المبيع وله إنهاؤه إذا أراد - إذا نظرنا هذا النظر - سلم التعريف من هذه الناحية، ولكن فساده يرى فى ناحية أخرى، إذ لا يتناول الملك غير اللازم، كالملك الثابت بالإعارة فإنه ملك لا يتحقق فيه الاختصاص الحاجز إذ لا يستطيع المستعير منع الميعر من أن يتدخل بانتفاع أو بإنهاء، وعلى ذلك لا يعد المستعير مالكا للمنفعة الثابتة له بعقد العارية، فى حين أن كثيرا من الفقهاء يعد المستعير مالكا، ويعد عقد العارية سببا لتملك المنفعة، وليس يبعد أن من ذهب من الفقهاء كالكرخى من الحنفية وغيره

من الشافعية والحنابلة إلى أن عقد العارية لا يفيد ملكاً وإنما يفيد إباحة قد لاحظ هذا المعنى. ذلك ما قد يؤخذ على تعريف القدسي في حاويه.

ومن نظر إليه النظرة الثانية :

منهم من عرفه بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى مقدر فى العين أو فى المنفعة يقتضى تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالملوك ومن المعاوضة عنه^(١).

ومنهم من عرفه بأنه تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنائبه من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة ومن أخذ العوض عنهما^(٢). ومنهم من عرفه بأنه اتصال شرعى بين الإنسان والشيء يطلق تصرفه فيه ويمنع من تصرف غيره فيه^(٣).

وكذلك عرفه الكمال بن الهمام : بأنه القدرة الشرعية على التصرف ابتداء إلا للمانع^(٤) - وعرفه غير هؤلاء بما لا يختلف عن ذلك.

وفى جميع هذه التعريفات يوصف الملك بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى أو قدرة شرعية. وأساس ذلك ما يراه الفقهاء من أن الحقوق كلها ومنها حق الملكية أو الملك حقوق شرعية أثبتها الشارع لأربابها، وليس يترتب عليها من الآثار والأحكام إلا ما رتبها الشارع عليها.

وليس الأمر فى الملك بناء على هذه النظرة الثانية إلا أنه حكم شرعى لا يكون له وجود إلا حيث يقر الشارع وجوده، ولا يترتب عليه من الآثار حينئذ إلا ما رتبها الشارع عليه، وليس صفة ناشئة عن طبيعة الأشياء وذواتها، ولا عن اصطلاح للناس فيه، ولا نتيجة لتعارفهم عليه.

وفى وصف الملك بهذه الصفات المتقدمة، «صفة شرعية - حكم شرعى - قدرة شرعية» ما يجعله صالحاً ومهيئاً لأن يقيد بما تقتضى به الأحكام والدلائل الشرعية من القيود، فيقيد بما يقتضيه الاستحسان والقياس والعرف والمصلحة؛ لأنه إذا كان منحة أو حقاً مصدره الشارع كان إليه تحديده وتوجيهه الوجهة التى قصد

(١) الفروق للقرافى : الفرق / ١٨٠ ج ٣، ص ٢٠٨.

(٢) تهذيب الفروق : الفرق / ١٨٠ ج ٣، ص ٢٣٢.

(٣) تعريف صدر الشريعة فى شرح الوقاية.

(٤) فتح القدير فى أول كتاب البيع.

إليها الشارع من شرعه، وقد شرعه مصلحة للناس، ومصدرا لمعيشة راضية يتمتعون بخيراتها وينعمون بشمراتها، وذلك ما يؤيد ما انتهى إليه أخيرا رأى الباحثين الاجتماعيين والاقتصاديين في هذا العصر من أنه وظيفة اجتماعية يقوم بها أحد أفراد المجتمع، لاحق ذاتي لصاحبه له فيه التصرف المطلق والانتفاع المطلق، وذلك ما نعرض لبيانته فيما يأتي :

هذا، وقد جاء في التعريفين الثاني والثالث النص على العين والمنفعة دون ذكر الحقوق، وبذلك لم يتناولوا جميع الحقوق، إذ من الحقوق ما يعد من المنافع فيتناوله التعريفان، ومنها ما لا يعد من منافع الأعيان، كحق الحضانة، وحق الضم وحق الولاية، وهذا ما لا يتناوله التعريفان؛ لأن المنفعة التي جاء ذكرها فيهما هي ما يطلب من الأعيان. وهذا النوع من الحقوق لا يعد من منافع الأعيان، كما لا يعد منفعة لصاحبه، بل هو إلى الواجب عليه والتكليف له أقرب منه إلى المنفعة، وعليه لا يكون هذا النوع من الحقوق، مما يقبل الملك بالمعنى الذي جاء في التعريفين المذكورين، في حين أن الملك قد عرف بما يتناول الحقوق جميعها دون تفرقة بين حق وآخر، كما في التعريف الأول المنقول عن الحاوي، للقدس، إذ يتناول كل حق اختص به صاحبه اختصاصاً حازماً.

كذلك يلاحظ أنه قد نص في التعريفين المذكورين آنفاً على الانتفاع والمعاوضة فقط، ونص في التعريف الرابع على التصرف فقط ولم ينص فيه على الانتفاع فقليل فيه : إنه القدرة الشرعية على التصرف ابتداءً إلا للمانع، أي القدرة على التصرف التي تثبت للإنسان ثبوتاً أصلياً غير مستمدة من أحد إلا للمانع يمنع من ثبوتها، كالجنون.

والملك فيما يرى يخول صاحبه أن يتتفع دائماً ولو ببديل المنفعة.

وأن يتصرف إلا للمانع. والانتفاع بمعناه العام يشمل جميع أنواعه من الاستعمال والاستغلال، ويشمل كذلك التصرف؛ لأنه لا يعدو أن يكون ضرباً من الانتفاع، فهل يلزم لثبوت الملك وتحققه اجتماع هذه الأمور كلها، ولا يكفي لثبوته تحقق أحدها، كأن يثبت الانتفاع فقط، كما يرى في بعض الحقوق مثل حق تمتع الزوج بزوجه وحق الشفعة وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز التصرف فيه وحق التملك ونحو ذلك؟ إن الذي يبدو من استعمال الفقهاء اسم الملك أنه يكفي

فى ثبوته وإطلاقه تحقيق أحدها، ولا يجب لذلك اجتماعها، على أن ثبوت التصرف يستلزم بطريق الاستقراء ثبوت الانتفاع، فكل ما يجوز فيه التصرف محل للانتفاع، ولذا يكفى فى تعريف الملك أن ينص عليه وحده، كما فعل الكمال بن الهمام. أما ثبوت الانتفاع فلا يلزم من ثبوته ثبوت التصرف، كما يرى فى كثير من الحقوق التى ينتفع بها، كحق الحضانة، وحق الشفعة وحق الارتفاق ونحوها من الحقوق التى يختص بها صاحبها اختصاصاً يخوله منع غيره، وهى لهذا الاختصاص تعد مملوكة له بناء على التعريف الأول المنقول عن القدسى.

من هذا يبدو ما فى هذه التعريفات من اختلاف. فتعريف القدسى يجعل كل اختصاص مانع ملكاً سواء أكان معه قدرة على التصرف أم لا. وهو بهذا يعم الأعيان والمنافع والحقوق إذا ما ثبت فيها هذا الاختصاص، وتعريف الكمال يخرج منه جميع الحقوق التى لا يرى لصاحبها قدرة على التصرف فيها ويقصره على مايجوز فيه التصرف، فى حين أن من الحقوق ما يختص بصاحبه وليس لصاحبه أن يتصرف فيه، ويعبر الفقهاء فى جانبهم بأنه مملوك له، مراعاة لذلك الاختصاص، ولما فيه من القدرة على الانتفاع، وذلك كحق الشفعة وحق الخيار.

وتعريف الملك بالتعريفين الثانى والثالث يقتضى أنه لا بد فى ثبوت الملك من ثبوت الانتفاع والتمكن من المعاوضة أى التصرف، وعلى هذا لا يتناول بعض الحقوق، مثل حق استمتاع الزوج وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز المعاوضة عنه.

وعليه يكون تعريف القدسى أعم وأشمل وأقرب إلى أن يكون متسقاً مع استعمال الفقهاء لاسم الملك ومع مختلف الأحكام الفقهية.

ومن تعريفات الفقهاء استمد «قدرى باشا» تعريف الملك فى المادة (١١) من كتابه «مرشد الحيران» ونصها :

«الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها، ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة».

ملك المنفعة :

اقتصر «قدرى باشا» فى المادة (١١) على بيان الملكية التى تتعلق بالعين ومنفعتها، وعبر عنها بالملك التام، وذكر أنه يخول صاحبه الانتفاع والاستغلال والتصرف الجائز، ومؤدى ذلك أن لصاحبه هذه المكثات ما دام لم يمنع منها مانع. ثم ذكر فى المادة (١٤) أن منافع الأعيان وحدها صالحة لأن تملك إذ جاء نصها كالآتى :

يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبتهها سواء أكانت عقاراً أم منقولاً، ومؤدى ذلك أن هذا الملك ليس بالملك التام الذى بينه فى المادة (١١) بل هو نوع آخر من الملك سماه بعض الكاتبين بالملك الناقص، ولم يبين قدرى باشا ما يخوله هذا النوع من الملك لصاحبه، أيخول له الانتفاع والاستغلال والتصرف جميعاً أم يخول له بعض ذلك ؟.

والمعروف أن من ملك منفعة عين بالوصية أو بالوقف قد يكون ملكه إياها شاملاً للاستعمال والاستغلال، كما إذا أوصى لإنسان بمنافع دار ينتفع بها كما يشاء وعلى أى وجه أراد سكناً وإسكاناً، أو وقفت عليه دار، ليتفع بها على هذا الوجه، فإن ملك المنفعة فى هذه الحال يخول صاحبه أن ينتفع بها استعمالاً واستغلالاً، فله أن يسكن الدار بنفسه، وأن ينتفع بها بواسطة غيره فيؤجرها أو يعيرها، غير أن الإعارة والإجارة فى حال الوقف إنما تكون من الناظر عليه، لأن الولاية له لا للمستحق إلا إذا كان له النظر أيضاً. وإجارتها وإعارتها فى هذه الحال، إنما تكون بناء على رضى المستحق؛ لأنه صاحب الحق فى الانتفاع، فإليه تعيين ما يريد من المنافع استعمالاً أو استغلالاً.

وقد يكون ملكه إياها مقصوراً على الانتفاع بنفسه فقط، وذلك ما يعبر عنه بالاستعمال. كما فى بيوت السكنى الموقوفة على طلبة العلم، وكما فى الدار يوصى بسكنائها لشخص دون استغلالها، وفى هذه الحال لا يكون للمالك المنفعة إلا أن ينتفع بنفسه فقط وليس له التصرف فى المنفعة فلا يكون له أن يستغل بطريق الإجارة، وذلك ما ذهب إليه الحنفية خلافاً للحنابلة والشافعية.

وقد يكون ملكه إياها مقصوراً على الاستغلال فقط، وفي هذه الحال لا يكون له إلا الانتفاع بطريق الاستغلال عند كثير من الحنفية، فليس له أن ينتفع بنفسه؛ لأن السكنى أو الاستعمال غير الاستغلال ولم يملك إلا الاستغلال فله الاستغلال فقط وذلك؛ بإجارتها. ولذا يجوز له أن يستأجرها ولو كان له حق السكنى ما جاز له ذلك؛ لأن الإنسان لا يملك ما هو ملك له من قبل. وذهب آخرون إلى أن له أن ينتفع بنفسه أيضاً، لأن من ملك أن يملك غيره وجب أن يكون مالكا، وذلك يستلزم أن ينتفع بنفسه، وذهب أحمد إلى أن من ملك أحد الأمرين حق الاستعمال أو الاستغلال ملك الآخر منهما.

وإذا ملك المنفعة ملكا مطلقا دون أن يقترن ببيان كان الحكم هو الحكم عند النص على الاستغلال فقط.

ويظهر مما ذكر أن حق التصرف في حال ملك المنفعة يتمثل في تمليك المنفعة لغير مالكيها، وذلك لا يكون إلا بالإجارة أو الإعارة، ولا يكون بالبيع ولا بالهبة، لأن المنفعة لا تصلح محلا لهما، ولا بالوصية، لأن ملك المنفعة ينتهي بوفاء مالكيها فلا تصلح محلا للوصية إلا على رأى من يذهب إلى أنها لا تنتهي بوفاء مالكيها، ذلك خلاف رأى الحنفية ومن تابعهم.

ومما سبق تبين الحكم في ملك المنفعة بالوصية والوقف، أما إذا ملكت بالإعارة أو بالإجارة، فإن لتمليكها للغير شروطاً روعى فيها المحافظة على حقوق الك العين وعدم الإضرار به وليس المقام مقام ذكرها^(١).

(١) إذا كانت منفعة العين المستأجرة مما تختلف باختلاف المستعمل لها، كركوب الدابة وليس الثياب، وقد نص في هذه الإجارة على المتنع، كان يستأجر الدابة على أن يركبها فلان تقييد المستأجر به فليس له أن يمكن غيره من ركوبها بإجارة أو إعارة، فإذا خالف كانت يده عليها يد ضمان وعقد غاصبا، ولذا لا يجب عليه أجر بهذا الانتفاع، وإن هلك الدابة؛ لأنه عند هلاكها لا يجتمع أجر وضمان عند الحنفية، وأما إن سلمت الدابة فلأنه يكون حينئذ انتفاعاً بمنافع مقصوب وهي غير مضمونة عند الحنفية. وإن نص في العقد على التعميم أو كان مطلقا تعين من له حق الانتفاع أول متنع بها وكأنه قد شرط في العقد ألا يتنع بها غيره.

وإذا كانت لا تختلف باختلاف المستعمل كركوب السيارة لم يقيّد المستأجر بمنافع خاص سواء شرط ذلك في العقد أم لم يشرط، وإذا شرط كان الشرط باطلا، غير أنه إذا أجر العين لم يؤجرها بأكثر مما ملك إلا في حالتين :

(١) أن تكون الأجرة من جنس آخر غير جنس الأجرة الواجبة.

ويلاحظ أن القانون المدني العراقي فى مادته (١٠٤٨) قد تابع قدرى باشا فى مرشد الحيران فكان نص هذه المادة كنص المادة (١١) من مرشد الحيران. ذلك ما ذهب إليه فقهاء الشريعة فى بيان معنى الملك أو الملكية.

حق الملكية فى القانون :

أما فقهاء القانون فقلَّ أن يستعملوا اسم ملك، وإنما يعبرون عن الملك بحق الملكية، وهو تعبير قل أن نجده أو لا نجده فى كتب السلف من الفقهاء الذين يرون الملك أو الملكية تتعلق بالأعيان وبالمنافع وبالحقوق، فجميعها كما بينا تصلح أن تكون محلاً للملك فى نظرهم، بينما نرى أن فقهاء القانون يرون أن حق الملكية حق عينى، كما قدمنا، لا يتعلق إلا بالأعيان المالية المعينة، ولا تصلح المنافع ولا الحقوق محلاً له، كما يرون أن لحق الملكية ثلاثة عناصر : حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، وهى العناصر التى نص عليها فى المادة (٨٠٢) مدنى مصرى إذ جاء فيها : أن لملك الشئ وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وهو نص المادة (٧٦٨) مدنى سورى والمادة (٨١١) مدنى لىبى. وقد اختلفت عبارة القانون المدنى اللبناى فعرفت فيه الملكية بأنها الحق فى الاستعمال والتمتع والتصرف فى حدود القوانين والقرارات والأنظمة مادة (١١) من قانون الملكية العقارية.

ويراد بحق الاستعمال فى القانون المدنى المصرى وما تابعه فى التعبير انتفاع المالك بنفسه، وبحق الاستغلال انتفاعه بأخذ غلة من العين المملوكة، وذلك يكون بالانتفاع بواسطة الإجارة أو بواسطة الزراعة، إما بطريق المزارعة، وإما بزراعة المالك بنفسه وزراعة المالك بنفسه الأقرب فيها أن تعد استغلالاً بالنظر إلى

(ب) أن يكون المستأجر قد أصلح فى العين أو زاد فيها زيادة لها انتفاع.

وما يملكه المستعير بالعارية إذا كانت مطلقة هو المنفعة التى يريد بها غير متجاوز العرف، وإن كانت مقيدة بتقييد بما قيد به من المنافع وليس له أن يؤجر العارية، أما إعارته إياها فإن المنفعة إذا كانت لا تختلف باستعمال المستعمل جاز له إعارتها لغيره لمثل ما ملك سواء عين المنتفع أم لم يعين، وإذا قيد بمنتفع كان الشرط باطلاً، وعند اختلافها لا يجوز إعارتها لغير من عين للانتفاع فإن لم يعين تقيدت إعارتها بأول منتفع، وقيل لا تقييد بأحد فى هذه الحال. هذا ما ذهب إليه الحنفية، وفى المزارعة يملك صاحب الأرض عمل المزارع فى أرضه، كما يملك صاحب الشجر عمل الساقى فيه ورب المال عمل المضارب. أما الإقطاع فلا يكون إلا من الإمام، وإقطاعه الأرض يقيد بمنفعتها دون رقيتها على ما ذهب إليه كثير من الفقهاء.

حصوله على غلة من الأرض، وقد تعد انتفاعاً بالنظر إلى عمل المالك بنفسه وانتفاعه بذلك العمل.

أما القانون اللبناني فقد عبر عن ذلك بالحق في الاستعمال والتمتع، والتعبير بالتمتع بجانب الاستعمال يستوجب أن يكونا مختلفين، ويراد بحق الاستعمال الانتفاع بالعين بالزراعة أو بالبناء أو بالسكنى أو باللبس، وبالتمتع حق الاستغلال.

وبمقارنة ما ذهب إليه فقهاء القانون بما ذهب إليه فقهاء الشريعة يرى أن حق الملكية عند فقهاء القانون هو ملك العين ومنفعتها جميعاً، وهو ما عبر عنه بعض الكتاتيبين بالملك التام، أما ما عداه من أنواع الملك في الشريعة فلا يتناول حق الملكية في نظر رجال القانون.

ونرى أن نشير هنا إلى أن التشريع السوري قد شرع بجوار حق الملكية على العقار حقاً شبيهاً به له أكثر خصائصه سماءً بحق التصرف، وخص الأول وهو حق الملكية بالعقار المملوك للأفراد، وخص الثاني بالعقارات الأميرية المملوكة للدولة التي تركت في يد الأفراد لاستعمالها والتمتع بها والتصرف فيها في حدود ما قرر لذلك من الشروط، ويكاد يكون ألفارق بين الحقين منحصراً في أن صاحب حق الملكية يجوز له وقف ما يملكه من العقار وقفاً خيرياً فقط، وصاحب حق التصرف ليس له أن يقف مطلقاً، وأن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال في حين أن حق التصرف يسقط بعدم حراثة الأرض أو بعدم استعمالها خمس سنوات، (م ٧٧٥) مدنى سوري، وأن حق الملكية يخضع لقواعد الميراث الشرعية في حين أن حق التصرف لا يخضع إلا لما وضع له من القواعد لإرثه، ويرى من ذلك أن حق التصرف لم يخرج عن أن يكون حق ملكية مقيدة بقيود خاصة.

حق الانتفاع في الفقه والقانون :

ذكرنا فيما مضى أن الملك في الشريعة قد يقتصر على منفعة العين فقط، وعند ذلك قد يكون لصاحبه حق الانتفاع فقط دون حق التصرف، كما في البيوت الموقوفة لسكنى طلبة العلم، وذلك ما يدعوننا أن نعرض لبيان حق الانتفاع على العموم. فنبين معناه والفرق بينه وبين ملك المنفعة عند بعض الفقهاء، والفرق بينه وبين حق الانتفاع في التشريع الوضعي وهو ما يعد من الحقوق العينية.

يستعمل حق الانتفاع في الفقه الإسلامي في الدلالة على ما يثبت لكل من المالك والمباح له من الحق في الانتفاع بما يملك أثراً ونتيجة للملكه أو لإذنه بالانتفاع بما لا يملك، سواء أكان ملكه ملك عين أباح له الانتفاع بتلك العين كالدار إذا ملكها إنسان كان له بناء على ذلك حق الانتفاع بها سكناً أم كان ملك منفعة أباح له الانتفاع بتلك المنفعة، كالدار إذا أوصى بسكنائها لإنسان كان له بناء على تملك منفعة السكنى بالوصية حق الانتفاع بسكنائها، كما يثبت له الحق في الانتفاع بما أبيح له أثراً ونتيجة للإباحة والإذن، كالدار يباح لشخص أن يسكنها فيكون له حق الانتفاع بسكنائها نتيجة لهذه الإباحة.

وعلى ذلك يثبت حق الانتفاع لصاحبه إما أثراً لذلك، سواء أكان ملك عين أم ملك منفعة، وإما أثراً للإباحة .

وكثيراً ما يطلق حق الانتفاع مراداً به ملك المنفعة المقيد، وذلك كثير في عبارات الحنفية إذ يطلقونه على ملك المنفعة الذي يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه فقط، كما في بيوت السكنى الموقوفة لسكنى طلبة العلم، وكما في الإعارة التي جعل للمستعير فيها أن ينتفع بنفسه فقط .

أما المالكية فلا يطلقونه إلا على الانتفاع نتيجة للإباحة فقط، ولا يريدون به ملك المنفعة . ذلك معناه واستعماله في الشريعة .

أما معناه في التشريع الوضعي، فهو الانتفاع بشيء معين مملوك لآخر غير المنتفع مع المحافظة عليه . فكان في هذا التشريع ملك منفعة لعين مملوكة لآخر ملكاً لازماً يكتسب بالعقد نظير عوض أو بالمجان، وذلك بنقله إلى غير مالك العين مع الاحتفاظ برقبتها، أو بنقل ملك الرقبة إلى آخر مع احتفاظ مالكها بملك منفعتها، كما يكتسب بالشفعة وبالتقادم مدة (٥) سنوات أو (١٥) سنة على حسب الأحوال، ولا يكتسب أيضاً بعقد الإجارة خلافاً لما عليه الفقه الإسلامي، إذ إنه يفيد ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر، بينما أنه في القانون لا يكتسب^(١) المستأجر ملكية لا يكسبه إلا التزاماً من المؤجر بتمكينه من الانتفاع . وهذا كما يرى

(١) الحقوق العينية ، ج ٢ ، ص ٢٧٩ ، لكامل مرسى .

حق شخصى فى حين أن حق الانتفاع فى لسان القانونيين حق عينى ، أى سلطة تنصب على العين محل الانتفاع دون احتياج إلى توسط شخص آخر يطالب بالتنفيذ أو بالوفاء . أما حق المستأجر فلا يستوفى إلا بواسطة المؤجر ، وذلك بمطالبة بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر وتمكينه من الانتفاع بها ، ومن ثم لم يكن عقد الإجارة سبباً لكسب حق الانتفاع بمعنى ملكية المنفعة الذى عده القانون حقاً عينياً .

وإذا كان حق الانتفاع عنواناً على ملك المنفعة أو على إباحتها فى لسان فتنهاء الحنفية إذ يطلقونه على كل منهما ، كما قدمنا ، بينما لا يطلقه المالكية والشافعية إلا على إباحة المنفعة ، فإن الفرق بينه حين يراد به الإباحة وبينه فى لسان القانونيين إذ يريدون به ملكية المنفعة دائماً فرق واضح ، فإن الملك والإباحة أمران متغايران . أما حين يراد به ملك المنفعة كما يستعمله الحنفية أحياناً فالفرق بينهما أنه فى التشريع الوضعى يطلق على ملك المنفعة المتمثل فى عناصره الثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما أنه عند الحنفية إنما يطلق ملك المنفعة الذى لا يكسب صاحبه إلا الاستعمال فقط .¹

ولما كان عقد الإجارة فى الشريعة الإسلامية عقد تمليك للمنافع يملك به المستأجر منفعة العين المستأجرة فقد اقتضى ذلك النظر فى حق المستأجر بهذا المعنى ، أهو من الحقوق العينية أم من الحقوق الشخصية بالاصطلاح القانونى؟ وبعبارة أوضح أيعده فقهاء القانون من الحقوق العينية أم من الحقوق الشخصية؟ إذا ما أريد به معناه فى الشريعة .

لقد اختلف الفقه والقانون فى بعض البلاد العربية ، كمصر وسوريا وليبيا فى حكم عقد الإجارة ، فعقد الإجارة فى الفقه الإسلامى عقد تمليك يملك به المؤجر المستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة نظير عوض مالى ، فيتملك به المستأجر منفعة العين المستأجرة ، يثبت له بذلك حق الانتفاع بها بحسب التعبير الفقهى ، ولكنه فى قوانين البلاد التى أشرنا إليها وما ذهب مذهبها من البلاد الأخرى عقد إدارة لا تمليك ، ويعتبره رجال القانون أهم عقود الإدارة ، كما أن عقد البيع أهم عقود التصرف ، ويعرفونه بأنه عقد يلتزم به المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع

بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم. ومن ثم قالوا : إن حق المستأجر حق شخصي لا عيني، ولكن الأمر الذي يسأل عنه حينئذ : بم ينتفع المستأجر إذا انتفع؟ أين تنفع بمنفعة مملوكة له أم بمنفعة غير مملوكة له؟ فإذا انتفع بما هو ملك له فقد ملك المنفعة بناء على عقد الإجارة وكان له حق انتفاع بمعنى ملك المنفعة، وإن انتفع بما لا يملك وهو المنفعة التي كانت مملوكة للمؤجر، وستظل بالضرورة مملوكة له بعدم وجود سبب لتمليكها للمستأجر، فعلى أي وجه انتفع بملك غيره؟

قد يجاب عن ذلك بأن المستأجر قد انتفع بما يملك وأنه تملك المنفعة في ثاني الحال، كما يعبر فقهاء الشريعة بطريق حقه الشخصي قبل المؤجر، وكثيرا ما يؤدي الحق الشخصي إلى حق عيني. والأساس عندهم في ذلك أن عقد الإجارة إنما ينشأ بادئ الأمر بالتزام شخصي بتمكين المستأجر من الانتفاع وهو التزام يؤدي في ثاني الحال إلى تملك المنفعة، غير أنها ملكية تثبت عند الاستيفاء وهو وقت تلاشي المنفعة، ومن ثم لم توجد حقا عينيا قائما.

أما الفقه الإسلامي فالأساس فيه أن الإجارة تمليك منفعة ابتداء، ومن ثم ملك المستأجر ابتداء المنفعة، وتبع ذلك إلزام المؤجر بتسليم العين المستأجرة والتمكين منها أثراً لتمليك المنفعة - غير أن هذا الملك وأمثاله لا يسميه فقهاء الإسلام حقا عينيا؛ لعدم وجود هذا الاصطلاح لهم، ومن ثم يرى أن فقهاء القانون لا يجعلون حق المستأجر حقا عينيا لما ذكرنا آنفاً، وفقهاء الإسلام ليس عندهم هذا الاصطلاح حتى يسموا هذا الحق حقا عينيا، ومن ثم فليس ما يدعوننا إلى البحث في أنه حق عيني أو شخصي.

وقد أشير في بعض هذه التعريفات، ومنها تعريف في القانون المدني المصري، إلى ما آل إليه حق الملكية أو الملك من تقييد إطلاقه بقيود سنشير إليها فيما يأتي سواء أكانت هذه القيود قد اقتضتها حقوق خاصة أم نظم اجتماعية قام عليها نظام المجتمع، وهي قيود تضمنتها القوانين في البلاد المختلفة، كما أشير في بعضها أيضاً إلى أنه حق مقصور على صاحبه. وهذه خاصة من أبرز خصائصه، وذلك كما في تعريف الكمال بن الهمام له بأنه اختصاص حاجز، وكما في نص المادة

(٨٠٢) من القانون المدنى المصرى، والمادة (٧٦٨) من القانون السورى، والمادة (٨١١) من القانون الليبى، إذ عبر فيها، بعبارة «مالك الشئ، رحده» وذلك صريح فى إفادة عدم مشاركة غير المالك له فى الملك أو حق الملكية.

تطور حق الملكية أو الملك فى ماضيه وحاضره :

وجدت الملكية منذ وجد الإنسان على ظهر هذه الأرض، حيث وجد فيها من المعادن والنبات والحيوان ما فيه حاجته وما يشبع رغبته، وما يوفى بما تتطلبه غرائزه، فكان فيه منفعه وبه حياته، وكان له كل ما تحويه الأرض، بل كان له غير ذلك مما هو فى السماء، وفى هذا المعنى جاء فى الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿الم تر أن الله سخر لكم ما فى الأرض والفلک تجري فى البحر بأمره﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿الم تر أن الله سخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض وأسبغ عليكم نعمه ظاهرة وباطنة﴾^(٣)، إذ المعنى كما جاء فى الكشف للزمخشري أن الله سبحانه وتعالى قد خلق ذلك للناس؛ ليتفكروا به فى دنياهم، ودينهم، ولينعموا به فى معاشهم.

ولما كان الانتفاع الكامل به لا يتم ولا يكمل مع الشراكة والشيوع وتزاحم الرغبات والطلب، نتيجة لحق الناس جميعاً فى الانتفاع، فقد مال الإنسان بمقتضى غريزته إلى اجتياز ما هو فى حاجة إليه وانساق إلى ذلك انسياقاً غريزياً لأسباب ثلاثة ذكرها بعض العلماء وهى :

- ١ - أن كل فرد أميل إلى الاستيلاء على الأشياء لمصلحته الخاصة من أن يستولى عليها لمصلحة المجموع وذلك بحكم غريزته.
- ٢ - أن إدارة الأشياء وتديرها مع الحياة الخاصة أكثر انسجاماً وخير مآلاً من إدارتها بغير هذه الحياة.

(١) البقرة : ٢٩.

(٢) الحج : ٢٦٥.

(٣) لقمان : ٢٠.

٣ - أن الأمن والسلام لا يتوافران إلا مع الملكية أو الحياة الفردية، فإن الشيوع مثار النزاع بين الشركاء، وفي الحياة الفردية حافز على العمل والتنمية والادخار للمستقبل، لأنها السبيل إلى الاستثمار بالمال المحوز بصورة دائمة تحقق للحائز منافعه وثمراته في الحال والاستقبال، وذلك ما يدفعه إلى الجد والعمل.

وكانت هذه الحياة أول مرحلة من مراحل الملكية الفردية، أو أول طور لها، وكانت مجرد حادثة مادية تتمثل في استيلاء الإنسان على ما تصل إليه يده من مال أو متاع، وكان اختصاصه به واستثنائه بمنافعه يقوم على القوة والغلبة، إذ كان الشيء في حياة القوى أمنع وآمن من اعتداء الغير منه إذا كان في حياة ضعيف، حيث يكون معرضا لاستيلاء من هو أقوى منه وغصبه وحيازته دون أن يجد له ملجأ يدفع عنه. ثم انتهى الأمر فيها بمرور الزمن إلى أن أصبحت نظاما اجتماعيا شائعا يقوم على أسس اجتماعية واقتصادية، أضفت عليه حرمة ومنعة وإقرارا، وبخاصة بعد أن تأيدت تلك الحياة وقويت وتأصلت بالعمل في المال المحوز، بعد أن كانت تقوم على مجرد الاستيلاء، وكان تقدم الحضارة وتطورها سببا لتنوع حاجات الإنسان وكثرتها وتعدد رغباته وتكاثرها إلى درجة أعجزته عن أن ينالها كلها بجهده وسعيه، فاضطر أمام ذلك إلى الاستعانة بجهود غيره وإنتاجه لقاء ما يقدم له من إنتاج وجهود، وهكذا صار الإنسان يحوز الشيء ويستأثر به لا بمجرد البحث عنه في الطبيعة والعتور عليه، ولكن بالعمل والإنتاج مما اتخذته الاقتصاديون أساس نظريتهم أخيرا في حق الملكية. وبهذا النظر لم يكن لأساس الملكية الأول وهو الحياة والاستيلاء ما كان له من القوة، وإن ظل باقيا إلى اليوم بالنسبة إلى المباحات، بل وفي حال الحروب وبعض حالات الاستعمار.

ومن هذا يظهر أن الأشياء كانت في أصلها مباحة أو شركة بين الناس جميعا على وجه الإباحة، وأن الحياة المادية هي التي تنقل الشيء من هذه الحال إلى حال الاختصاص أو حال الملكية الفردية الخاصة، وأن الملكية ظاهرة من ظواهر المجتمع لا تنفك عنه ولا تزايله على أي وضع من أوضاعه ولا على أية صورة من صورته، كما يتبين أن أسبق أنواع الملكية ظهورا ووجودا هي الملكية الفردية إذ كان الفرد أسبق وجودا من وجود الجماعة، ولم يكن للجماعة في بداية الأمر إلا

إباحة، ثم ظهرت بعد ذلك الملكية الجماعية إلى جانب الملكية الفردية بعد أن نشأت الجماعات وتميزت بروابطها وأوطانها، واختصت كل جماعة بموطنها، وما يحويه من أرض وشجر ونبات وماء ومنافع، وظل الأمر على ذلك فى جميع العصور التاريخية المتعاقبة لم تنفرد إحداها بالوجود عن الأخرى، وإن لوحظ فى بعض من الأحيان أن إحداها قد تطفى فى ظهورها على ظهور الأخرى، فتكون أكثر شمولاً وأعم وجوداً وأقرب أن تعد الأساس الذى يقوم عليه اقتصاد المجتمع ونظامه الاجتماعى. وكانت ملكية الأرض فيما مضى قبل النهضة الصناعية أهم مصدر للثروة والإنتاج ومحط الأنظار والأطماع، سعى إلى الغلبة والتسلط والعلو.

وحين قامت الثورة الفرنسية مظهرة للحرية الفردية، كان من آثار ما انتهت إليه وقررت جعل الملكية الفردية الخاصة حقاً مطلقاً، فجاء فى إعلان حقوق الإنسان أن الملكية حق مقدس لا يمس، فكان حق الملكية الفردية المطلقة من المبادئ التى لا تمس ولا ترقى إليه منارعه، إذ كان يعد مظهراً من مظاهر استقلال الإنسان وحرية، فكان لصاحبه حقاً مطلقاً له منه جميع ما يستطيع أن يناله من مزايا ومنافع، وكان هذا الاتجاه مؤسساً على ما كان يسود فى الناس يومئذ من ميل إلى الحياة الفردية التى تقوم على الأثرة وحب النفس.

غير أن التطور الاجتماعى والصناعى، وتفاوت الناس تفاوتاً فاحشاً فى المال والثراء، وما نجم عن ذلك من استغلال الناس بعضهم بعضاً فى سبيل الزراعة والعمل والإنتاج، ومن تشابك المصالح وتلك المنازعات، دعا الباحثين إلى النظر فى الأساس الذى تقوم عليه تلك الملكية الفردية المطلقة، مصدر هذا التسلط والاستغلال والتدافع والاضطراب، سعى إلى الحد منها ومن آثارها، فأنتهى البحث بهم إلى طرق عديدة. فمنهم من رأى أن أساسها الاستيلاء والحيازة، فذلك مصدرها وعليه تقوم. ومنهم من ذهب إلى أن الواجب فى أمرها أن تكون ثمرة للعمل لا للحظ والمصادفة. ومنهم من أوجب رد الأمر فيها إلى النفع العام الاجتماعى فرأى وجوب توزيعها على وفقه. ومنهم من ذهب فى بحثه إلى إنكار الملكية الفردية الخاصة فى وسائل الإنتاج، وإلى أن هذه الوسائل يجب أن تكون مملوكة ملكاً جماعياً حتى تستطيع الدولة أن توجه الإنتاج الوجهة التى تحقق

للمجموع مصالحه وحاجاته . وقد كان لهذه الفكرة فى الأزمنة الأخيرة أنصار كثيرون فاعتنقتها دول عديدة، وكان من نتيجة هذه الأنظار والبحوث أن اتجه الناس بالملكية وجهة اجتماعية ظاهرة الأثر، وبدأ ذلك واضحا فى ظاهرتين :

الأولى : تقييد الملكية الفردية بما تتطلبه المصلحة الاجتماعية، على أساس أن الملكية لم تصبح فى ذاتها مزية أو حقا خالصا لصاحبها، ولكنها وظيفة اجتماعية يقوم فيها المالك مقام المجتمع فيما يليه من المال والثراء، فيجب عليه أن يراعى فى إدارته وإنفاقه ألا يتخذ وجهة تضر بالمجموع، بل يطلب إليه دائما أن يكون أساس إدارته لأمواله وتدبيره وتصرفه فيها وإنفاقها فى مصالحه قائما على مراعاة مصلحة المجتمع وعدم الإضرار به .

وهذا اتجاه تتجه إليه الشريعة الإسلامية وتؤيده، إذ جاءت بما يدل على أن الحق فيما يملكه الناس، بل وفى كل ما هو فى هذا الوجود مما هو على ظهر الأرض إنما هو لله سبحانه وتعالى وملك له . قال تعالى : **﴿وَاللَّهُ مَلِكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ﴾** ^(١)، وقال تعالى : **﴿اللَّهُ مَلِكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا﴾** ^(٢)، إلى غير ذلك من الآيات العديدة التى وردت فى القرآن قاطعة بأن ملك ما يستولى عليه الإنسان من مال ومتاع على اختلاف أنواعه وألوانه : إنما هو لله سبحانه وتعالى وقد خلقه لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى : **﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾** ففى هذه الآية وفيما جاء بمعناها من الآيات العديدة المنبئة فى القرآن بيان لما أنعم الله به على الناس من انتفاع واستثمار فيما خلق لهم، فكان للناس جميعا منافعهم وثمراهم ، وكان فيه سداد عوزهم وفيه قيامهم، ولتيسر ذلك لهم على وجه يتم به لكل فرد انتفاعه وسد عوزه دون تراحم وتنازع، شرع لهم الولاية والسلطان عليه حتى تكون لهم القدرة على استخدامه وتسخيره والانتفاع به فى خيرهم، وكان فى ذلك الصورة العامة التى تمثل الملكية الجماعية فى إطار الإباحة العامة التى قام عليها سعى الفرد فى سبيل استيلائه واختصاصه بما سبقت إليه يده، ليتم له تحصيل منفعته وسد حاجته على أكمل وجه، وكان هذا الاختصاص صورة تتمثل فيها الملكية الفردية .

(١) المائدة : ٧ .

(٢) المائدة : ٢٠ .

ولم تكن تلك الملكية العامة المتمثلة فى الإباحة العامة أو الملكية الفردية إلا نوعاً من الخلافة عن المالك الحقيقى لكل ما على ظهر الأرض وما وصلت إليه يد الإنسان؛ وذلك ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِى جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّبَلِّغُكُمْ فِيمَا آتَاكُمْ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ﴾^(٣)

ومن هذا يتبين أن الولاية العامة للناس على هذا المال إنما هى خلافة عن مالك السموات والأرض وما فيهن، وأن اختصاص الإنسان بشيء منه نتيجة سبق يده إليه لم يكن فى إطار هذه الولاية إلا نتيجة وثمره لها، وكان بحكم ذلك نوعاً من الخلافة والولاية تلقاها عن المجتمع الذى كان له ابتداء الولاية العامة على جميع ما على ظهر الأرض من معادن ونبات وحيوان، وبذلك يظهر أن الملكية بنوعها خلافة، وإذا كانت خلافة كانت وظيفة اجتماعية، لها مع ذلك صفة الاختصاص التى أضفت عليها صفة الحق حين تكون خاصة، وذلك ما يضع الملكية على العموم فى نطاق محدود بحدود أوامر مالك المال ونواهيهِ وإرشاداته التى أراد بها مصلحة الناس جميعاً فرادى وجماعات؛ وما يضعها كذلك فى حدود مصالح المجتمع صاحب الولاية الأولى فى هذه الأموال، وجميعها حدود مشروعة لم يقصد بها إلا صلاح المجتمع، ولا يجوز تجاوزها، فإن تجاوزها يعد خلافاً يخرجها عن وضعها، ويستوجب الجزاء عليه، وأقل جزاء على ذلك عدم حمايتها. وعلى الجملة، فالشريعة الإسلامية تقرر ما تقوم عليه الملكية من أعباء اجتماعية تجعلها فى عداد الوظائف والتكاليف الاجتماعية، وذلك بما يأتى :

أولاً - بإضافة الأموال إلى الله سبحانه وتعالى، وإثبات أنه خلقها للناس جميعاً وأنها ملك له واستخلف الناس فيها. وذلك فى مثل قوله تعالى ﴿وَاللَّهُ

(١) الحديد : ٧.

(٣) الأنعام : ١٦٥.

(٣) النور : ٣٣.

ملك السموات والأرض وما بينهما^(١)، وقوله تعالى : ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي
السموات والأرض^(٢)، وقوله تعالى : ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي
الارض جميعا^(٣)، وقوله تعالى : ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ^(٤)،
وقوله تعالى ﴿وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ^(٥).

ثانيا - بيان ما تقتضيه خلافة الإنسان في هذا المال، وذلك بإضافة المال
الخاص إلى الجماعة في مثل قوله تعالى : ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَأَمْوَالُكُمْ
جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا^(٦)، وقوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ
بِالْبَاطِلِ^(٧)، وبإيجاب الإنفاق منه في سبيل الله في آيات كثيرة مختلفة الأساليب
من ترغيب وترهيب، مثل قوله تعالى : ﴿مِثْلَ الَّذِينَ يَنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي
سَبِيلِ اللَّهِ كَمِثْلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ فِي كُلِّ سَنَابِلَةٍ مِائَةٌ
حَبَّةٌ^(٨)، وما بعدها من الآيات، وقوله تعالى : ﴿لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ
وَمَنْ قَدَرٌ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ^(٩)، وقوله تعالى : ﴿وَمَا تَنْفَقُوا
مِنْ خَيْرٍ فَلَا نَنْفُسْكُمْ^(١٠)، إلى غير ذلك من الآيات.

ثم بتحريم عزل المال عن وظيفته الاجتماعية، والنهي عن إفساده والتبذير فيه
وعن حبسه واكتنازه، وذلك في مثل قوله تعالى : ﴿إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ
الشَّيَاطِينِ^(١١)، وقوله تعالى في المترفين : ﴿قَالُوا يَا بَوِیْلَنَا إِنَّا كُنَّا ظَالِمِينَ *
فَمَارَاتِ تِلْكَ دَعْوَاهُمْ حَتَّىٰ جَعَلْنَاهُمْ حَصِيدًا خَامِدِينَ^(١٢)، وقوله
تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ
فَبِشْرِهِمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ * يَوْمَ يَحْمَىٰ عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتَكْوَىٰ بِهَا
جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فلدوقوا ما كنتم
تكنزون^(١٣)، وقوله تعالى : ﴿وَلَا يَحْسِبَنَّ الَّذِينَ يَبْخُلُونَ بِمَا آتَاهُمُ اللَّهُ
مِنْ فَضْلِهِ هُوَ خَيْرٌ لَّهُمْ بَلْ هُوَ شَرٌّ لَهُمْ سَيُطَوَّقُونَ مَا بَخُلُوا بِهِ يَوْمَ
الْقِيَامَةِ^(١٤).

(١) المائدة : ١٨	(٢) النساء : ١٢٦	(٣) البقرة : ٢٩
(٤) النور : ٣٣	(٥) الحديد : ٧	(٦) النساء : ٥
(٧) النساء : ١٨٨	(٨) البقرة : ٢٩١	(٩) الطلاق : ٧
(١٠) البقرة : ٢٧٢	(١١) الإسراء : ٧٧	(١٢) الأنبياء : ١٤ ، ١٥
(١٣) التوبة : ٣٥	(١٤) آل عمران : ١٨٠	

ثم بما جعل لولى الأمر من حق التدخل بالحجر على السفية المبذر المتلف لماله والقيام على أموال الضعفاء عديم الأهلية أو ضعيفها، وبما جعل له من منع الاحتكار، ومن نزع ملك الفرد للمصلحة العامة.

فكل هذه أمور تدل على ما للملكية من مركز فى الوظائف الاجتماعية وأنها ليست ميزة ولا حقاً مطلقاً للفرد ليس له فيه شريك.

ومن هذا يبين أن الإسلام إنما ينظر إلى الملكية بنظرين؛ ينظر إليها باعتبارها حقاً لصاحبها، وينظر إليها باعتبارها وظيفة اجتماعية، المالك فيه عامل وخازن، وعليه أن يعمل فى هذا المال بما يستطيعه فى نطاق إرادته ومناهبه وقوته، وله بحكم ذلك ثمرة عمله ابتداء بقدر حاجته، وما به طيب عيشه، وأما ما فضل بعد ذلك فهو من حق صاحب المال ومالكه الحقيقى يجب أن يوجهه فيما أرشد إليه ماله فلا يجوز اختزانه وإكنازه دون استثمار وعمل فيه، فقد قال تعالى:

﴿والذين يكتزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم* يوم يحمى عليها فى نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون﴾^(١)، كما لا يجوز أن يمنع عن ذى الحاجة وعما تتطلبه مصالح الدولة عند ظهور حاجتها إليه، ولذا كان لولى الأمر أن يتدخل عندما يسئ الناس تدبير أموالهم والعمل فيها، وذلك عند اختزان الأموال بدون عمل فيها، أو عند ترك الأرض بوراً بلا زراعتها، كما له بناء على ما تقدم حق التوجيه والإرشاد فى طرق التنمية والإنتاج والصناعة والزراعة، فقد يحدث أن مالك الأرض يميل إلى زراعة نوع خاص من المحصولات؛ لأنه أكثر ربحاً فى حين أن حاجة الأمة تدعو إلى زراعة غيره مما يقيتها، كأن يميل صاحب الأرض إلى زراعتها قطناً مع حاجة الناس إلى البر، فلولى الأمر حينئذ حق التدخل، بأن يحمل صاحب الأرض على أن يزرعها برّاً، وهكذا يجب أن يوجه الإنتاج والاستثمار وجهة رشيدة بحسب حاجة المجتمع ومصلحته.

(١) التوبة : ٣٤، ٣٥.

وهذا المعنى السامى لم يظفر بالعناية والبحث إلا فى الزمن الأخير، إذ أخذ الفقهاء والفلاسفة ينبذون الحياة الفردية، ويوجهون نقدهم إليها ويشيدون بالحياة الجماعية والأفكار الاشتراكية ويقررون أن الحقوق المطلقة لا وجود لها ولا سبيل إليها فى حياة ينشدها مجتمع إنسانى كامل متكامل؛ إذ إن إطلاق الحقوق يحول دون تمتع كل فرد بحقه، ويجعل مناط الاستحقاق هو القوة والطغيان، وعلى هذا الأساس نظروا إلى الملكية على أنها وظيفة اجتماعية وليست حقاً مطلقاً لصاحبها، ولصاحبها حماية القانون ما التزم حدودها المشروعة حتى لا يطفئ على حقوق الآخرين، فإذا لم يلتزم ذلك فأضر بغيره فى سبيل انتفاعه بملكه ضرراً فاحشاً غير مستساغ، أو امتنع على العمل فى ماله مؤثراً ادخاره، حق لولى الأمر أن يتدخل لحمله على القيام بواجبه فى ماله.

والظاهرة الثانية تتمثل فى التمسك بالملكية الجماعية إلى جوار الملكية الفردية مع الحد منها فى بعض أحوالها حيث يرى أن الغلو فيها سبيل التحكم، أو إلى ضرب من الاحتكار، وذلك يظهر فى إقدام كثير من الدول على تأميم المرافق الرئيسية فى الدولة؛ لتقضى على الاستغلال والتحكم فيها، وتتجنبهما مستقبلاً.

وقد اتجهت الجمهورية العربية المتحدة هذا الاتجاه، فحددت الملكية العقارية، وفرضت عليها قيوداً عديدة، وأتمت المصارف والمرافق وأكثر الشركات والصناعات والمتاجر، ولكنها ظلت مع ذلك متمسكة بمبدأ الملكية الخاصة واتخاذها أساساً فى نظامها القانونى والاقتصادى، وبخاصة فى الأموال الثابتة، ولم تزل الملكية الخاصة المبدأ الأساسى فى ملكية العقار من أراضى وبناء، وإلى ذلك أشير فى الميثاق، إذ جاء فيه : «إن التطبيق العربى فى مجال الزراعة لا يؤمن بتأميم الأرض وتحويلها إلى مجال الملكية العامة، وإنما يؤمن استناداً إلى الدراسة والتجربة بالملكية الفردية للأرض فى حدود لا تسمح بالإقطاع، كما جاء فيه : إن الحلول الصحيحة لمشكلة الزراعة لا تكمن فى تحويل الأرض إلى الملكية العامة، وإنما تستلزم وجود الملكية الفردية للأرض، وتوسيع نطاق هذه الملكية بإتاحة الحق فيها لأكبر عدد من الأجزاء.

ولقد انتقل هذا الاتجاه من مصر إلى غيرها من البلاد العربية، كسوريا والعراق والجزائر على أوضاع مختلفة، وإن لم يكن له فيها ظهوره وتبلوره. هذا، ولا يزال مبدأ الملكية الخاصة أساساً جوهرياً في بناء المجتمعات حتى لا نرى تشريعاً قد تنكسر له أو تجاهله. فالقانون السوفيتي وهو أشد القوانين نفوراً من الملكية الخاصة قد اضطر إلى التسليم بمبدأ الملكية الخاصة الفردية في بعض الحالات، بناء على أن إقرارها خير حافز على العمل المنتج الذي يرفع من مستوى الاقتصاد العام، ولا نزال نرى هذا الاتجاه ظاهر الأثر في التشريع السوفيتي^(١).

٣- شرعية الملكية :

أقرت الشريعة الإسلامية منذ نزلت نظام الملكية : فردية كانت أم جماعية، ففي القرآن الكريم آيات كثيرة العدد منبثة فيه تحث على الإنفاق في سبيل الله، وتأمراً بالتصدق على الفقراء والمساكين، وبإعطاء الغارمين وأبناء السبيل، والصدقة والإعطاء لا يكونان إلا من مال مملوك للمتصدق أو المعطى.

وكذلك جاء في الكتاب الأمر بإيتاء الزكاة، وأمر بإيتاء المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، والأمر بالإنفاق وبالإحسان إلى ذوى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى، كما جعل فيه للسائل والمحروم حق في مال من له مال، وذلك بقوله تعالى : ﴿والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم﴾، وامتن الله على الناس بما خلق لهم من أنعام فجعلها ملكاً لهم، بقوله : ﴿أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاماً فهم لها مالكون﴾ فكان فيما فرضه على الناس في أموالهم، وغنماً ندب إليه من إنفاق منها دلائل بينة على إقراره بالملكية الفردية. ومن أظهر الآيات دلالة على ذلك قوله تعالى في سورة محمد : ﴿وإن تؤمنوا وتتقوا يؤتكم أجوركم ولا يسالكم أموالكم﴾ إن يسألكموها فيحلفكم تبخلوا ويخرج أضغانكم﴾ وكذلك يرى آيات الموارث وبيان أنصباء الورثة دلالة واضحة على الملكية وإقرارها.

(١) راجع حق الملكية، للدكتور الصدة، والملكية العقارية، لحامد مصطفى، وحق الملكية في ذاته، للدكتور صلاح التناهي.

وكما زخر القرآن بالآيات التى تقر الملكية زحرت السنة بما يدل عليها أيضا، ونكتفى بذكر ما جاء فى خطبة الوداع وهو قوله (ﷺ): «ألا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا حتى تلقوا ربكم ليسألکم عن أعمالکم. ألا فليبلغ أدناکم أقصاکم».

أما إقراره الملكية الجماعية فهو ظاهر فى المساجد، إذ جعلها الله سبحانه وتعالى له، فقد جاء فى القرآن الكريم: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾ وليس يراد من ذلك إلا أنها لجماعة المسلمين يؤدون فيها عبادتهم وشعائهم، وظاهر أيضا فى شريعة الوقف الذى جعلت غلاته وثمراته فى سبيل الخير العام أى فى مصالح عامة المسلمين، وظاهر كذلك فيما فعله رسول الله (ﷺ) فى قسمته غنائم خيبر نصفين جعل أحدهما للنوائب والوفود تفد على رسول الله (ﷺ) وعلى المسلمين؛ ليطعموا من غلته، وظاهر فيما حماه رسول الله (ﷺ) من الأرض لخیل المسلمين التى يحملون عليها حين يغزون فى سبيل الله تعالى، فقد حمى النقيع^(١) لهذا الغرض فكان للمسلمين عامة.

وهذا هو شأن الفىء والغنائم قبل قسمتها فى الناس، وكان هذا أساس قول عمر فى هذا المال: «ما من أحد من المسلمين إلا وله فى هذا المال حق أعطيه أو منعه» وكان يقول: «من أراد أن يسأل عن ذلك المال فليأتنى، فإن الله تبارك وتعالى جعلنى له عارفاً وقاسماً».

وهذا ما يدل على ما يراد بالملكية الجماعية فى نظر الإسلام، وأنها لأفراد المسلمين لا لهيئة من الهيئات، باعتبارها ذات شخصية اعتبارية لها ملك هذا المال وحقوقه. وفى حمى رسول الله (ﷺ) حين حمى النقيع لخیل المسلمين إقرار للملكية الجماعية، إذ صارت أرضه بذلك لجماعة المسلمين فى سبيل منفعة عامة لهم، هى جعلها مرعى لخیلهم المعدة للغزو فى سبيل الله.

٢ - طبيعة الملك أو حق الملكية :

وصفت الملكية فى تعريفاتها السابقة بأنها اختصاص، وبأنها صفة شرعية أو حكم شرعى، وذلك يدل على أنها صفة اعتبارية منتزعة من آثارها وأحكامها التى

(١) موضع قريب من المدينة.

رتبت عليها، أو جعلت لها بمقتضى العرف والعادة وبداعية الحاجة مما أقرته الشرائع.

وثبتت هذه الصفة اعتباراً قد رتب على أسباب معينة، فكانت أثراً جعلياً أو نتيجة جعلية لهذه الأسباب، كما كانت بالنظر إلى قرار الشارع بإياها وإقراره لآثارها، حكماً شرعياً مستنداً إلى اعتبار الشارع وإقراره، وذلك ما لا يخرج بها عن أن تكون صفة شرعية اعتبارية ليس لها وجود ولا حقيقة مادية.

وكذلك كان تعريف رجال القانون لها بأنها الحق فى الاستعمال والاستغلال والتصرف، أو القدرة على ذلك، إذ ليس الحق قانوناً إلا أمراً يثبت باعتبار القانون وحكمه.

ومن ثم كان حق الملكية أو الملك من النظم التى تخضع فى وجودها وفى نشأتها وفى آثارها إلى مصدر هذا الاعتبار من شريعة أو قانون، فهى تتحدد وتتكيف بما يوضح لها فى هذين المصدرين من حدود وقيود، وبما يتصف به من أوصاف، وهى فى هذا المجال لا تتعدى مصادرها التى منها العرف الصحيح السليم، ولذا يجب أن يكون لعرف الناس وتعاملهم أثر فى ذلك.

ومن هذا يتبين أن الملك ليس إلا اعتباراً شرعياً يوجد حيث تقضى الشريعة أو القانون بوجوده، ويتنفى حيث تنفيه هى أو القانون.

5 - نطاق الملك ومداه :

نريد فيما ندلى به من بيان التعريف بأمرين : الأول ما يصلح أن يكون محلاً للملك أو لحق الملكية، والثانى : مدى كل منهما والحدود المحددة لمحلها، أى لما يتعلق به كل منهما وما يتصل بذلك.

(١) فأما ما يصلح أن يكون محلاً لكل منهما : فهو الأعيان المالية، ففى اصطلاح الفقه الإسلامى أن ما يتناول اسم المال من الأعيان يصلح أن يكون محلاً للملك، وما لا يتناول اسم المال منها لا يصلح أن يكون محلاً للملك، كالميتة والخمر بالنسبة إلى المسلمين، وكذلك كل ما حرم الشارع تملكه والانتفاع به. وكذا كل ما لا ينطبق عليه تعريف المال؛ كالشمس والقمر والنجوم ونحوها.

ويرى فقهاء القانون أن محل حق الملكية إنما هو الأعيان المالية المعينة بذواتها مما لم يحرم القانون حيازتها وامتلاكها، مع مراعاة معنى المالية فى اصطلاحهم وهو أوسع دائرة من معناه فى اصطلاح الفقه الإسلامى، ثم إن هذا الحق لا يتجاوزها عندهم إلى المنافع والحقوق بأنواعها، فليس يصلح شىء منها أن يكون محلاً لحق الملكية فى نظر القانون وإن تناولها اسم المال. بينا نجد أن الملك فى نظر الفقه الإسلامى يتجاوز هذا النطاق فيثبت فى المنافع على العموم سواء اعتبرت مالا، كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء أم لم تعتبر مالا، كما ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية، وذلك لما قدمنا من أن معنى الملك الاختصاص الذى يخول صاحبه الاستثثار والمنع على ما تقدم بيانه، وهذا كما يتحقق فى الأموال يتحقق فى غيرها، وكما يتحقق فى الأعيان يتحقق فى غيرها من المنافع والحقوق.

غير أنه يلاحظ أن من المنافع ما حرمه الشارع، وذلك كمنفعة الغناء ومنفعة آلات الطرب، كالعود والزمارة ومنافع آلات اللهو، كالنرد ونحوه، وكذلك منافع كل ما حرم الشارع عينه إذ لا يجوز الانتفاع بما حرم الشارع عينه، كالخمر والميتة والدم المسفوح بالنسبة للمسلمين، فقد روى عبد الله بن عمر أن رسول الله (ﷺ) قال: «إن الله حرم الخمر والميسر والمزر والكوبة والغبيراء وكل مسكر حرام» وفى لفظ آخر «إن الله حرم على أمتى الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين» رواه أحمد^(١). وجاء فى الكتاب العزيز: «قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس»^(٢). والأدلة من الكتاب والسنة فى هذا الموضوع عديدة، وكلها صريحة فى تحريم شرب الخمر وبيعها والتعامل بها والانتفاع بها، وفى تحريم أكل الميتة والانتفاع بها وبأجزائها، وفى تحريم الدم المسفوح وشربه، وفى تحريم الانتفاع بآلات اللهو فى اللهو بها، فكان النهى عن الانتفاع بمنافع هذه الأشياء نهياً عن تملك منافعها، فلا يصح الاستئجار عليها إذ تملكها إنما يكون باستيفائها والمتعة بها، وذلك هو المحرم المنهى عنه.

(١) المزر نبيذ الشعير، والكوبة الطبل، والغبيراء قيل الطنبور، وقيل العود، وقيل البريط، والقنين لعبة للروم بقامرون بها، وقيل هو الطنبور بالحشة.

(٢) الأنعام ١٤٤

وإنما يتناول ذلك النهى ما كان منفعة مقصودة منها، أما ما ليس مقصودا منها، كتملك هذه الآلات لإحراقها أو لبيعها لذميين مثلا، فلا يتناوله النهى ولا التحريم فيما يبدو من الأحاديث.

أما الخمر فقد نهى الرسول (ﷺ) عن شربها وبيعها وحملها وذلك فيما رواه أنس عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: «لعن عاصرها ومعتصرها وشاربها، وحاملها والمحمولة إليه، وساقيتها وبائعها وآكل ثمنها، والمشتري لها والمشتراة له» رواه الترمذى، وابن ماجة، وذلك ما يدل على حرمة تملكها على المسلم وهو ما يستلزم ألا تكون محلا للملك المسلم وإن صلحت أن تكون محلا للملك الذمى، وهذا عند أبى حنيفة، ورتب عليه وجوب تضمين المسلم إذا أراقها لدمى خلافا للشافعى، ومثلها فى عدم قبولها لتملك المسلم الميتة فيما عدا إهابها، وذلك لما روى عن ابن عباس: «دباغ كل إهاب طهوره» فيملك الإهاب ليطهر وينتفع به، ومن الفقهاء من استثنى إهاب الكلب والخنزير، ومنهم من استثنى إهاب الخنزير فقط، ولكن الحديث عام.

وأما الدم المسفوح فقد حرم الشارع شربه، لما يترتب عليه من الضرر بشاربه، وذلك لا يمنع من تملكه إذا تحول وتملك لمنفعة أخرى غير شربه.

وعلى الجملة، فهذا النوع من المنافع المحرمة التى أشرنا إليها لا يصلح أن يكون محلا للملك فى نظر من ذهب إلى تحريمه من الفقهاء.

وكذلك لا يصلح أن يكون محلا للملك ما كان من الأعيان معدوم المنفعة، لأن ملك العين إنما يقصد به منفعتها، فإذا لم يكن لها منفعة ما لم يصح تملكها، ومن ثم لم يجب فيها عوض عند التعدى عليها، وذلك مثل خشاش الأرض، وهو حشراتا وهوامها، فهذا لا يصلح أن يكون محلا للملك، كما لا يصلح أن يكون محلا له منفعة الغناء فى نظر من ذهب إلى تحريمه من الفقهاء. قال ابن رشد الحفيد فى البداية: أجمعوا على إبطال كل منفعة كانت لشيء محرم العين كل منفعة محرمة بأمر الشارع، مثل منفعة النوح والغناء، وأما ما اختلف فى تحريمه من ذلك فقد اختلف فى تملكه، ومن الفقهاء من لم يجعله محلا للملك وأجاز أن يكون محلا للإباحة، وأثر ذلك جواز الإجارة فيه وامتلاكه بعوض وعدم جواز

ذلك، فإجارة الفحول من الإبل والبقر والخيول للنزو ممنوعة عند أبي حنيفة والشافعي ؛ للنهي عن عصب الفحل مع جواز الإباحة فيها والكرامة عندهما، وجائزة عند مالك، وهو قول يخالف ما يروى عن ابن عمر قال : نهى النبي (ﷺ) عن ثمن عصب الفحل، رواه أحمد والبخاري، وما روى عن جابر : نهى النبي (ﷺ) عن بيع ضرب الفحل، رواه مسلم والنسائي. أما الكرامة ففي جوازها جاء حديث أنس : أن رجلا من كلاب سأل النبي (ﷺ) عن عصب الفحل فنهاه، فقال يارسول الله : إنا نطرق الفحل فنسكرم، فرخص له في الكرامة. رواه الترمذي ولعل مالك استند إلى هذا.

وقد جرى العرف في بعض البلاد العربية كمصر على هذه الكرامة. ومما تقدم يرى أن المملوك في نظر الفقهاء أعم من المال، إذ منه ما يعد مالا ومنه مالا يعد مالا في اصطلاحهم.

ومما يجب الالتفات إليه أن هذا النوع من الاختصاص الذي عده الفقهاء ملكا لا ينكر وجوده رجال القانون، إذ هو أمر واقع تقوم عليه معاملات الناس، والقانون في هذا واسع المجال. غاية الأمر أنه لا يتناول اسم حق الملكية في اصطلاحهم، ولذا كان بحثهم له في نطاق الحقوق عامة، وعلى هذا يرى في اصطلاحهم أن من المال ما يكون محلا لحق الملكية وهي الأعيان المشخصة، ومنه ما لا يكون محلا لها وهو ما عداها. فكان أعم من المملوك. وكما يرى أن اسم المال في اصطلاح الفقه الإسلامي أخص من الملك بمعنى المملوك، فكل مال يصح أن يملك ولكن يوجد من المملوك ما ليس يعد مالا، كما قدمنا.

(ب) أما مدى ما يمتد إليه الملك في نظر الفقهاء إذا ما تعلق بما يملك فإنه حين يتعلق بالأعيان يمتد إلى منافعها وثمراتها ونتائجها وجميع ما يتولد منها، سواء منها المنقول والعقار، ففي الحيوان يمتد إلى جميع أجزائه وإلى نتاجه ومنافعه، وفي العقار يمتد إلى علوه وسفله ومنافعه، فكان لمالك الأرض البناء عليها والاستعلاء به أي حيث يستطيع أن يعلو به ويتنفع، وكان له من الانتفاع بسفلها ما يستطيع أن يصل إليه بالحفر في ذلك السبيل، وكان له بناء على ذلك أن يمنع جاره من أن يتنفع بجوها الذي يعلوها. وذلك بأن يمتد بينائه إلى علوها على أي وضع من الأوضاع، أو بأن تمتد فروع أشجاره المغروسة في أرضه إلى ذلك العلو، أو بأن

يمد فيها أو فى علوها أسلاكاً أو نحو ذلك، كما يكون له أن يمنعه من الانتفاع بسفلها بأى طريق أراد، كأن ينشئ فيه حجرات أو ممرات أو يمد فيه أنابيب أو نحو ذلك، وإذا كان العقار أرضاً زراعية كان لمالكها ما ينبت فيها من شجر وزرع وما يثمره ذلك الشجر بشرط ألا يكون ذلك من بذور مملوكة لغيره. أما ما يكون من بذر يبذره مالكه فى أرض غيره فإن ما ينبت منه ويتولد يكون ملكاً لصاحب البذر، لأنه متولد من بذره أو غمأ بذره وليس لصاحب الأرض التى ينبت فيها إلا ما يستحقه من أجر بسبب شغل أرضه به، وإذا ما حوت الأرض كنوزاً أو معادن فإن الكنوز لا تكون ملكاً لصاحب الأرض؛ لأنها ليست جزءاً منها ولا متولدة عنها وإنما تكون ملكاً لصاحبها الذى أودعها فيها. أما المعادن وهى الفلزات توجد فى الأرض بحسب الطبيعة فقد اختلف الفقهاء فى حكمها لمن تكون، وسيأتى بيان ذلك عن قريب.

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى استثناء الكلاً الذى ينبت فى الأرض من غير صنع مالكها، فذهبوا إلى أنه يكون مباحاً، كما استثنوا الماء ينبع منها، وذلك لع عموم قوله (ﷺ) : «الناس شركاء فى ثلاثة، الماء والكلاً والنار» رواه أحمد، وأبو داود عن أبى خراش، عن بعض أصحاب رسول الله (ﷺ) ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام - وعن أبى هريرة أن النبى (ﷺ) قال : «لا يمنع الماء والنار والكلاً»^(١) رواه ابن ماجه - فليس يملك شئ من ذلك إلا بإحرازه، وتملكه بإحرازه محل إجماع غير أن ما ينبت منه فى الفلاة غير المملوكة مباح بلا خلاف إذا كان بدون إنبات، أما ما يوجد منه فى الأرض المملوكة بدون إنبات أحد فهو محل خلاف بين الفقهاء، ذهب بعضهم إلى أنه مباح حتى يحرز؛ لأن مجرد وجوده فى الأرض بحسب الطبيعة لا يعد إحرازاً له من مالكها، وذهب آخرون إلى أن وجوده فيها يعد إحرازاً فيكون ملكاً لصاحب الأرض وإليه ذهب بعض الشافعية، وسيأتى لذلك تفصيل بيان عند الكلام على التملك بسبب الاستيلاء.

هذا، وليس فيما أخذت به القوانين فى البلاد العربية خلاف لما ذكرناه مما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ففى نصوصها ما يدل على أن حق الملكية

(١) الكلاً : النبات رطبه ويابس، والرطب منه الخلا، واليابس الحشيش.

محلله الأشياء المعينة وما يتفرع منها فيكون لصاحبه ما يتولد منها من ثمار ومنتجات، وما يكون لها من منافع على اختلافها، وذلك بما لا يخالف ما تقدم بيانه .

فتنقضى الفقرة الأولى من م (٨٠٣) مدنى مصرى بأن مالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير، كما تنص المادة (٨٠٤) مدنى مصرى على أن لمالك الشئ الحق فى ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك، ولا يختلف القانون الليبى فى مادته (٨١٢) فى هذا عما ذكرنا، وكذلك القانون المدنى العراقى فى مادته (١٠٤٩) والقانون المدنى السورى فى مادته (٧٦٩) فقرة أولى، وهذا فى عموميه يتفق مع ما ذهب إليه كثير من فقهاء المالكية، ولكن جمهور الفقهاء كما قدمنا يستثنون من هذا الحكم الكلاً والماء على ما بينا فيهما من أحكام.

هذا وقد جاء فى القانون المدنى المصرى م (١٨٠٤) أن لمالك الشئ الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك، وذلك ما جاء فى م (٧٧٠) مدنى سورى وم (٨١٣) مدنى ليبى وم (١٠٤٨) مدنى عراقى وم (١٢) لبنانى، ولا يرى الفقهاء هذا الرأى باطلاً، بل إنما يتقيد فقط بالنسبة للأرض عند التعاقد عليها بعقد المزارعة أو بالنسبة للشجر عند التعاقد عليه بعقد المساقاة، إذ يكون للمزارع أو المساقى حصة فى محصول الأرض أو الشجر وإن لم يكن نماء للملكه ولا تعد حينئذ ملكاً لمالك الأرض أو الشجر وإن كانت نماء للملكه، ولذا كان رأيهم أن النماء لمالك مصدره دائماً إلا فيما ذكرنا وليس للشرط أثر يترتب عليه خلاف ذلك.

ويلاحظ أيضاً أن مما يمتد إليه حق الملكية ما يعد متحداً بالعقار، سواء أكان هذا الاتحاد طبيعياً أم صناعياً، فجميع الأشياء المتحدة بالعقار تتبعه فى الملك، فتكون مملوكة للملكه عن هذا الاتحاد الذى يعرف فى القانون باسم الالتصاق. ومن الجدير بالذكر أن الأشياء التى تتحد بالأرض اتحاداً صناعياً، كالبناء تتبعها ولو كانت من صنع غير مالكةا غير أنه فى هذه الحال قد تعد الأرض المقام عليها البناء تابعة له، وذلك فى حالة ما إذا كان البانى حسن النية وكانت قيمة الأبنية تفوق كثيراً

قيمة الأرض، م (٨٨٩) مدنى سورى وم (٩٢٥)/٢ مدنى مصرى. ويرى بعض الحنفية، كالكرخى أن الأرض تتبع البناء فى الملك إذا كانت قيمته أكثر من قيمة الأرض فتكون ملكا لمالكه بقيمتها، وإن لم يكن حسن النية، وذلك بناء على ارتكاب أخف الضررين عند اجتماعهما، ولا يشترطون فى ذلك حسن النية. ويرى آخرون اشتراط هذا الشرط، وعلى ذلك يؤمر صاحب البناء بالقلع مهما كانت قيمته، ولا تتبعه الأرض وتسلم الأرض إلى مالكةا خالية منه، زجرأ له حتى لا يكون فى ذلك سبيل إلى أخذ ملك الغير ظلماً^(١)، وإلى هذا مال كثير من فقهاء المذاهب الأخرى.

علو الأرض وسفلها :

كان النظر يتجه فيما سبق إلى أن يكون علو الأرض وسفلها حقا لمالكها دون مراعاة حد معين ينتهى إليه ما لمالكها من حق فى علوها أو من حق فى سفلها وعمقها إذ لم تكن هناك داعية تدعو إلى البحث فى ذلك؛ طلبا لوضع حدود مقدرة. ولكن حين اخترعت الطائرات فجابت الآفاق الجوية، واضطرت الحكومات إلى حفر الأنفاق الغائرة^١ العمق تحت المنازل فى المدن الكبيرة : لتكون مسارا للمركبات الكهربائية فى المناطق المزدحمة بالمارة وبالسكان، أصبح النظر فى تحديد العلو أو السفل الذى يتعلق به حق صاحب الأرض ذا فائدة وأثر فى المجال الاجتماعى والاقتصادى والسياسى، بالنسبة إلى مرور الطائرات فوق الأراضى المملوكة، وبالنسبة إلى حفر الأنفاق تحت المنازل، فكان من ذلك أن اتجه الباحثون إلى تحديد كل من العلو والعمق الذى يتعلق به حق صاحب الأرض ولا يكون لغيره أن ينتفع به إلا عن طريقه وإذنه، غير أن النظر فى ذلك على اختلاف أربابه من رجال القانون لم ينته فى نتائجه إلى اتفاق أو إلى تحديد مرضٍ ميسور التنفيذ مأمون الحرج، ولهذا ذهبت التشريعات المعاصرة إلى أن يكون لمالك الأرض منهما ما يستطيع أن يتمتع به ويستفيد منه فى حدود إمكانه؛ لأنه أولى من غيره فى الانتفاع بما يملك وبما يتصل به أو يجاوره مجاورة يترتب عليها ثبوت حق الانتفاع به قانونا، وليس من فائدة له فى أن يمتد ملكه علوا أو سفلا إلى غير نهاية،

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ١٣٥، ١٣٧، طبعة الحلبي

ولامحل لأن يكون لشخص ملك ما لا يستطيع أن ينتفع به، بينما يرى أن من وراء هذا الإقرار له بذلك صيررا بمن له قدرة فوق قدرة الأفراد، ووسائل ليست لهم من الهيئات التي تستطيع أن تجعل من ذلك محلا لانتفاع المجموع، ولا مساغ لأن يمتنع على الجماعة ذلك، إذ إنه يتنافى مع ما انتهى إليه النظر في هذا العصر من أن الملكية كما شرعت لمصلحة المالك شرعت كذلك لتكون دعامة من دعائم قيام النظام الاجتماعي الذي يستوجب توجيهها إلى تحقيق المصالح الاجتماعية. كما بينا فيما سبق.

وعلى هذا الأساس جاء نص الفقرة الثانية من م (٨٠٣) مدني مصري : أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا. وعلى هذا الأساس وضعت بقية القوانين في البلاد العربية بدليل ما جاء في المواد (٧٦٩) مدني سوري و(١٠٤٩) مدني عراقي و(٨١٢) مدني لبناني و(١٣) لبناني. وهذا مع ملاحظة القيود التي وضعت لمصلحة الملاحة الجوية، نظرا إلى الصالح العام للدولة.

أما فقهاء الإسلام فكان رأيهم في هذا رأيا مطلقا غير محدد فدل بإطلاقه على أنهم لا يرون في ذلك تحديدا بمسافات خاصة، كما جاء في كتاب الفروق للقرافي^(١)، ولكن تعريفهم الملك بأنه ما أمكن حيازته والانتفاع به، أو بأنه الاختصاص الحاجز يشير إلى أن كلا من العلو والسفل المملوكين لصاحب الأرض محدد بإمكان الانتفاع بهما والقدرة على المنفعة الحاضرة، وهذا ما يجعل رأيهم في العلو والسفل قريبا مما ذهبت إليه القوانين المدنية، وإن كانوا لم يصرحوا بذلك عند بيانهم لما لصاحب الأرض من علوها وسفلها.

هذا، وقد تنفصل ملكية الأرض عن ملكية بعض الطبقات العلوية، وذلك حين يتملك الإنسان علو بناء قائم على أرض، ويتحقق ذلك في مبنى ذي طبقات باع صاحبه بعض طبقاته العليا أو باع أرضه وطبقته السفلى واستبقى لنفسه الطبقات العليا. ففي هذه الحال تكون الأرض وما عليها من بناء لم يبع معها ملكا لشخص، ويكون ما يعلو ذلك من الطبقات ملكا لشخص آخر، ويظل كذلك

(١) انظر الفروق للقرافي ح ٤، ص ١٥، وتهذيب الفروق على هامشه، ج ٤، ص ٤

مالكا لهرائه بعد انهدام بنائه. وقد يحدث ذلك أيضا في دار مكونة من ثلاث طبقات أو أكثر يبيعها مالكا لثلاثة أشخاص أو أكثر، لكل شخص طبقة منها، على أن تكون الطبقة السفلى صفقة واحدة مع الأرض فيكون لمشتري الطبقة الثانية حق ملكيتها، ولمشتري الثالثة حق ملكها، وهكذا إلى أن يكون للأخير آخر طبقة وعلوها.

وهذه الملكية لا تثبت عند الحنفية ابتداء إلا ضمن بيع علو قائم بناؤه فلا يملك حق التعلی استقلالاً عندهم إلا بطريق الوراثة، إذ تملكه استقلالاً بطريق البيع أو الهبة مثلاً غير صحيح، لأنه ليس بمال عندهم. وذهب الملكية والحنابلة إلى جواز تملكه استقلالاً حتى أنه ليصح عندهم بيعه قبل وجود سفله، وذلك بأن يباع علو ما سيني على وضع معين موصوف، وعلى هذا الوضع يرى أن ملكية العلو قد تنفصل عن ملكية الأرض في نظر رجال الشريعة.

ولا تختلف التشريعات الوضعية عن الشريعة الإسلامية في جواز انفصال ملكية العلو عن ملكية الأرض، فتفصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها أو ملكية ما تحتها عن ملكيتها، فقد جاء في الفقرة ٣ من م (٨٠٣) مدني مصري: ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها. انظر م (٧٦٩) مدني سوري و م (٨١٢) مدني ليبي و (١٠٤٩) مدني عراقي.

أحكام الكنوز والمعادن :

الكنز : اسم لما يوجد في باطن الأرض مما أودعه الإنسان نقوداً كان أم حلياً أم سبائك؛ ولذا لا يعد جزءاً من الأرض التي دفن فيها، ولا يتناوله ملكها، ولا حق للملكيتها، وسيأتى بيان حكمه في الكلام على أسباب الملكية، ويلاحظ أن المادة (٨٧٢) مدني مصري تجعل لمالك الأرض ملكية الكنز المدفون الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له؛ وذلك ما ذهب إليه القانون العراقي المدني في مادته (١١٠١)، وكذلك الليبي م (٨٧٦)، غير أنه جعل لمن يعثر على كنز بمجرد الصدفة في أرض مملوكة للغير نصفه، وهذا حكم لا يتفق مع الأسس الشرعية عندما يظهر لهذا الكنز مالك، إذ تقضى بأن يكون له جميعه.

أما اسم المعدن فيطلق في العرف على الفلز وهو - كما جاء في القاموس المحيط - جواهر الأرض كلها من الذهب والفضة والنحاس والحديد وغيره.

والذى يوجد فى الأرض مما هو جزء منها ولم يدفنه الإنسان ثلاثة أنواع : صلب قابل للطرق والسحب والانطباع بالنار، كالذهب والفضة والنحاس والحديد ونحو ذلك، وصلب لا يقبل الطرق ولا الانطباع بالنار ولا السحب، كالملابس والياقوت ونحوها من الأحجار الكريمة. وسائل كالزئبق والبتروول.

ويرى المالكية فى أشهر أقوالهم أن ليس شىء من ذلك يعد مملوكا لمن يملك أرضه التى تحويه، فلا يملك بامتلاكها، إذ ليس لمثل ذلك ثلك الأرض وتطلب عادة؛ وإنما يعد ملكا للمسلمين استولوا عليه باستيلائهم على أرضه، لاحتوائها عليه، وليس ثمرة للأرض ولا متولدا منها، فكان للإمام أمر هذه المعادن يستغلها لمصالح المسلمين أو يعطيها لمن يشاء نظير مال يصرف فى مصالحهم أو بالمجان إن رأى المصلحة فى ذلك، ولا يقطعها تملكها، وإنما يقطعها إذا ما رأى المصلحة فى ذلك - انتفاعا لمدة معينة أو مدة حياة من أقطعه إياها، ولذا لا يرثها من بعده ورثته بل يرد الأمر فيها إلى الإمام، ولا فرق فى هذا الحكم بين ما يوجد من ذلك فى أرض مملوكة وما يوجد فى أرض غير مملوكة، ولا بين نوع منها ونوع آخر.

وقد جاء فى كتاب منح الجليل للشيخ عليش أن هذا الحكم دعت إليه المصلحة، لأن المعادن قد يجدها شرار الناس، فإن تركت لهم أفسدوا، لأنها مدعاة إلى التحاسد والتقاتل، فجعلت لجماعة المسلمين درءاً لكل هذه المفسد وما ماثلها، على أنه يكفى فى تأييد هذا الحكم أنها وجدت فى أرض للمسلمين وفى ولايتهم وتحت حمايتهم، وإنما يكون للأفراد منها ما يعطون، وليس يتناول العطاء ما يوجد فى باطنها من معادن، ذلك ما ذهب إليه بعض المالكية.

أما غيرهم من الحنفية والشافعية والحنابلة فيرون أن هذه المعادن إذا وجدت فى أرض مملوكة كانت تابعة لها، فكانت ملكا لملك الأرض، وكان ملكه للأرض ملكا لها، لأنها من أجزائها، وهذا قول لبعض آخر من المالكية، واستثنى أحمد من ذلك نى رواية عنه ما كان من المعادن سائلا، بناء على أنه لسيولته لا يعد جزءا من الأرض. فلا تتناوله ملكيتها وإنما يكون مالا مباحا لصاحب الأرض أولى به من

غيره، لقوله (ﷺ): «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له» رواه أبو داود. وفي رواية عنه فهو أحق به^(١).

وفي هذا الرأى نظر، ذلك لأن الحديث يدل على أن ملك ذلك لملك الأرض لا على عدم تملكه إياه، وليس من اللازم أن يكون جزء الأرض صلباً دائماً، وجاء في رواية أخرى عن أحمد أنه لا فرق بين الصلب والسائل في تبعيته لملك الأرض، كما جاء في إحياء الموات من كتاب الشرح الكبير.

هذا وللملكية قول ثالث يقضى بأن لا خلاف بينهم وبين غيرهم من أصحاب المذاهب الأخرى إلا في الذهب والفضة إذ يكون أمرهما إلى الأمام، كما تقدم، وذلك لانفرادهما باتخاذهما أساساً للتقويم، فكان من مصلحة الجماعة أن يكونا للأمة.

ومما يجب ملاحظته أن مالكا والشافعي وأحمد يرون أن هذه المعادن حين تكون ملكاً لصاحب الأرض التي وجدت فيها تجب فيها الزكاة في بعض الأحوال، خلافاً لأبي حنيفة إذ لا يرى وجوب الزكاة فيها في أية حال.

أما ما جرت عليه القوانين في الجمهورية العربية المتحدة وفي سوريا والعراق ولبنان فهو أن ما يوجد في باطن الأرض من المعادن التي توجد في مناجمها فإنه يعد من أموال الدولة، وقد حددت المادة الأولى من القانون رقم (٨٦) لسنة ١٩٥٦ هذه المواد بأنها للمعادن وخاماتها والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما في حكمها والصخور والطبقات والرواسب المعدنية والمياه المعدنية إذا كان استغلالها لاستخراج مواد معدنية منها، وذلك البيان بناء على أن المواد المذكورة ضرورية للاقتصاد العام، فاعتبرها الشارع لذلك من الثروة الوطنية العامة التي لا تدخل في نطاق الملكية الفردية.

وهذا الموضوع قد تكفلت ببيان أحكامه في مختلف البلاد العربية قوانين خاصة، لسنا بصدد عرض تفاصيلها إذ كل ما يعيننا بيانه هو أن هذه المواد لا تتناولها ملكية أرضها في التشريع الوضعي، وأن هذه المواد في القوانين أكثر عدداً وأنواعاً منها في الشريعة الإسلامية.

(١) انتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣١.

أنواع الملك :

للملك أنواع عديدة انقسم إليها، نتيجة لاختلاف وجهة النظر إليه، فله قسمة بالنظر إلى محله أى مايتعلق هو به، وقسمة بالنظر إلى خصائصه وقسمة بالنظر إلى وضعه وصورته .

قسمة بالنظر إلى محله :

ينقسم الملك بالنظر إلى محله قسمين : ملك عين ، وملك منفعة .

فأما مالك العين ويسمى أيضاً بملك الرقبة، فهو ملك ذات الشيء ومادته، كملك العقار وملك المنقول من الأموال أو من الأعيان .

ولا يقبل الملك من الأعيان إلا ما كان له منفعة لم يحرمها الشارع . وهو ما يعد مالاً، فما لا منفعة له، كالخشاش من حشرات الأرض وهوامها ونحوه، وما كان له منفعة حرمها الشارع، كالميتة والخمر والخنزير للمسلمين لا يقبل الملك أو لا يملك .

وقد روى عن جابر، أنه سمع رسول الله (ﷺ) يقول : «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» فقليل : يا رسول الله : أريت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس . فقال : «لا، هو حرام» ثم قال رسول الله (ﷺ) عند ذلك : «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه» رواه الجماعة .

وعن ابن عباس قال، قال رسول الله (ﷺ) : «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها فأكلوها أثمانها، إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه» رواه أحمد وأبو داود . وحرمة البيع تستلزم عدم الملك .

وملك الشيء والاختصاص به إنما يكون للانتفاع به، فإذا لم يكن من ورائه أية منفعة أو كانت منافعه محظورة كان الاختصاص به عبثاً لا يقره العرف، وانتفى أن يكون مجبلاً لاغتداء، أو محلاً لأى حكم، أو أثراً من آثار الملك، فلم يقبل لذلك أن يملك .

هذا، وقد يكون للعين منفعة لم يحرمها الشارع ولكن يوجد به مانع يمنع من إباحة الانتفاع المطلق به شرعاً، وذلك مثل الروث وما يشبهه من الأنجاس، مما

أبيح الانتفاع به عند الحاجة، كالانتفاع به فى تسميد الزراعة، ومثل الكلب ينتفع به فى الحراسة، وهذا النوع محل خلاف. فمن الفقهاء من يرى أنه غير قابل للملك فلا يملك، كالشافعية؛ وذلك لنجاسته التى أدت إلى حظر الانتفاع به انتفاعاً مطلقاً، فحظر لذلك تملكه، ولكن جاز اقتناؤه للانتفاع به عند الحاجة، ويسمى اقتناؤه حق اختصاص، ومن الفقهاء من يرى قبوله الملك فيجوزون تملكه كالحنفية وذلك لجواز الانتفاع به فى الجملة وذلك ما يسوغ تملكه والاختصاص به. والمال بطبيعته قابل لأن يملك، ولكن قد تعرض له عوارض تجعله غير قابل للملك فى بعض أحواله، وهو من هذه الناحية ثلاثة أقسام :

(أ) ما لا يجوز تملكه، ولا تملكه، وهو ما خصص للمنافع العامة ما دام مخصصاً لذلك فلا يثبت فيه لأحد ملك خاص، وإنما يعد ملكاً لمجموع الأمة، فكان مالا تعلق به حق الناس جميعاً، وذلك كالمساجد والحصون والأنهار والطرق العامة ونحو ذلك.

(ب) ما لا يقبل التملك إلا عند وجود المسوغ الشرعى لذلك، وهو الأعيان الموقوفة والعقار المملوك لبيت المال مما يطلق عليه الآن الملك الحر فلا يجوز تملك شئ من ذلك لشخص من الأشخاص إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية، ويعد بيعها من غير مسوغ غير صحيح، وليس فيها لأحد ملكية خاصة لها جميع عناصر الملكية ومزاياها، إذ إن الوقف عند أكثر الفقهاء لا ملك فيه لأحد، وإنما الملك فيه لله سبحانه وتعالى. أما عند غيرهم فهو مملوك لواقفه أو للمستحقين لريعه. ولكن ملكيتهم له ملكية مقيدة ليس لها خصائص الملكية المطلقة، وما لبيت المال يعد مملوكاً لجماعة المسلمين.

(ج) ما يقبل التملك والتملك بلا شرط، وهو ما عدا القسمين السابقين.

وملك العين أو الرقبة إن شمل منافعها أيضاً سمي بالملك التام، وهى تسمية حديثة لم تكن معروفة لدى فقهاءنا الأقدمين، وإن اقتصر على العين فقط ولم يتناول منافعها سمي ملكاً ناقصاً وله حالتان يوجد فيهما :

الأولى : ملك العين التى أوصى بمنافعها لشخص من الأشخاص بعد وفاة الموصى : فإن ورثة الموصى لا يملكون عند وفاته إلى رقبتهها فقط تملكوها

بالورثة . أما منافعها فهي ملك للموصى له بمقتضى الوصية ، وعندئذ لا يكون لمالك العين أن ينتفع بها ولا أن يتصرف في منافعها ما دامت في ملك الموصى له ، وإذا انتهت مدة الوصية أو مات الموصى له ولو قبل نهايتها على ما ذهب إليه الحنفية ، والقانون المدني ، صارت المنافع ملكا لورثة الموصى تبعاً لأصلها ومصدرها وهو العين ، ويجب على الموصى له تسليم العين إلى ورثة الموصى إن كان حياً عند انتهاء مدة انتفاعه ، كما يجب ذلك على ورثته بعد وفاته عند انتهاء مدة الوصية بوفاته ، لأنها أمانة في يدهم يجب ردها إلى مالكيها عند انتهاء الحق فيها . وعند ذلك تصبح ملكية ورثة الموصى للعين ملكية تامة ، وليس للوارث بيع العين الموصى بمنفعتها في مدة الوصية ؛ لتعلق حق الموصى له بها وعدم قدرته على التسليم ، ولكن إذا باعها للموصى له بالمنفعة جاز ذلك ، وكان شراؤه إياها تنازلاً عن الوصية له بمنافعها ، وعند الشافعي له بيعها مطلقاً ولو لغير الموصى له ، ولكن إذا كانت الوصية مؤبدة فالأصح جواز بيعها للموصى له لا لغيره^(١) .

الثانية : ملك العين عند الإيضاء بها لشخص ومنافعها لشخص آخر ، وذلك أن يكون لشخص عين من الأعيان فيوصى بمنافعها لشخص وبرقتها لشخص آخر ، فإذا مات مصراً على وصيته وقبل كل منهما الوصية كان الأول مالكا لرقبة العين فقط ، وكان ملكه ملكاً ناقصاً ، وكان الثاني مالكا لمنافعها فتسلم العين إليه ؛ ليستوفي حقه منها وتظل في يده إلى انتهاء حقه فإذا انتهى عادت منافع العين إلى الموصى له بالعين ، وسلمت العين إليه ، وكان ملكه حينئذ ملكاً تاماً .

وملك المنافع وحدها يسمى أيضاً ملكاً ناقصاً ، وعليه فالملك الناقص ما اقتصر على الرقبة فقط أو على المنافع فقط . وذلك كملك الموصى له بالمنافع منفعة العين الموصى بمنافعها له ، وملك المستأجر لمنافع العين المستأجرة ، وملك المستحق في الوقف لمنافع العين الموقوفة عليه . ويلاحظ أن تسمية هذا النوع من الملك بالملك الناقص تسمية مستحدثة لم تكن معروفة عند سلفنا من الفقهاء الأقدمين .

ويرى الحنفية أن هذا النوع من الملك وهو ملك المنافع فقط قد يقيد صاحبه أن ينتفع بنفسه وأن ينتفع بواسطة غيره ، فيكون له أن يؤجر وأن يعير ، كما في

(١) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٨٧ .

المستأجر والموصى له عند عدم التقييد بمنعه على ما ذهب إليه الشافعى . وذهب الحنفية إلى أن الموصى له بالمنفعة لا يملك إلا الإجارة؛ لأن المنافع عندهم ليست بمال وقد ملكها بغير عوض فإذا ملكها غيره بعوض كان مملكا أكثر مما ملك وهذا لا يجوز^(١) . ولكن يجوز له الإعارة؛ لأن الملك بالإعارة فى القوة كالمملك بالوصية، فكلاهما منك بالمجان .

وقد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه فقط، وذلك كما فى وقف أماكن السكنى على طلبة العلم، فليس لهم إلا أن ينتفعوا بأنفسهم فيسكنوا، وليس لهم أن يؤجروا ولا أن يعيروا، وإن كان لهم أن يبيحوا فى النطاق المتعارف من ناحية أن ذلك يعد مأذونا فيه لهم .

وكذلك يرى الحنفية أن الموقوف عليه فى الحالىن : حال الوقف على طلبة العلم للسكنى، وحال الوقف على غيرهم للسكنى بملك المنفعة فيكون له ملك المنفعة أو حق الانتفاع لا فرق عندهم بين التعبيرين وكل ما هنالك من فرق أن هذا الملك قد يكون مطلقاً غير مقيد، كما فى الوقف على الأقارب مثلاً، وقد يكون مقيداً . وتقيدته قد يكون بواسطة العرف كما فى وقف بيت على طلبة العلم لسكنائهم، وقد يكون مقيداً بالعبرة واللفظ، كما فى وقف بيت على زيد ليسكنه بنفسه على ألا يؤجر ولا يعير، وهذا خلاف اصطلاح المالكية فإنهم يجعلون حال الإطلاق من قبيل الملك؛ لثبوت التصرف والانتفاع للمالك فيها ويخصونها باسم ملك المنفعة، ويجعلون الحال الثانية حال التقييد من قبيل الإباحة ويطلقون عليها اسم حق الانتفاع؛ لعدم جواز التصرف فيها للمالك وهو اصطلاح الشافعية أيضاً^(٢)، وهذا اصطلاح يخالف اصطلاح الحنفية الذين لم يصطلحوا على هذه التفرقة .

ويلاحظ أن الحنفية يفرقون بين ملك المنفعة وإباحتها، فيقولون : إن ملك المنفعة إنما يثبت بالتمليك سواء أكان بعوض، كما فى الإجارة أم بغير عوض، كما فى الوقف والإعارة والوصية بالمنافع، وهو يكسب صاحب حق التصرف فى المنفعة

(١) الدر المختار، ج ٥، ص ٤٩٠ .

(٢) الأشباه، للسيوطى .

بالإجارة والإعارة على حسب الأحوال عند الحنفية ما لم يوجد مانع من شرط مشروط صراحة أو عرفاً.

وأما الإباحة فحق يثبت للشخص أثراً ونتيجة لإذنه بأن ينتفع، وقد يكون هذا الإذن من الشارع، كما فى إباحة الانتفاع بمياه الأنهار، وبالكلاً قبل الإحراز وبالطريق العام، وبالقناطر والمرافق العامة، وفى هذا الصدد روى قوله (ﷺ): «الناس شركاء فى ثلاثة: فى الماء والكلاً والنار»، أى شركاء فيها شركة إباحة لا شركة ملك، وقد يكون الإذن من المالك، كأن يأذن إنسان آخر بأن يركب سيارته، أو بأن يبيت فى منزله، أو أن يمر فى طريقه الخاص المملوك له، أو بأن يأكل من طعامه، وما دام الإذن قائماً فالإباحة قائمة وحق الانتفاع ثابت، فإذا انتهى الإذن بانتهاء مدته إن كان له مدة أو برجع الإذن عنه أو بوفاته انتهى الحق.

وليس للمباح له إلا أن ينتفع بنفسه وفق الإذن الصادر له، فمن دعى إلى وليمة فليس له أن ينب غيرِه عنه ولا أن ينقل من أطعمتها إلى منزله.

والمباح له يملك ما أبيع له بما يملك به المال المباح وهو الاستيلاء عليه على الوجه المأذون به من صاحب الحق.

ومن هذا يتبين أن الملكية التامة محلها الأعيان المالية اتفاقاً. وأن الملكية الناقصة محلها الأعيان المالية دون منافعها أو منافعها دون ذواتها ومادتها.^٩

ولاختلاف الفقهاء فى مالية المنفعة إذ يراها الشافعية مالاً، ويرأها الحنفية ليست بمال، نجد أن الملكية التامة والناقصة بالمعنى السالف الذكر محلها المال دائماً عند الشافعية فلا يملك إلا ما كان مالاً^(١). أما عند الحنفية فتكون الناقصة فى المال وفى غيره، كالمنافع. أما الملكية التامة فلا تكون إلا فى الأموال عندهم.

(١) راجع الأشباه، للسيوطى، ص ٣٤٩، ما يفيد تعريف السبكى للملك، بأنه حكم شرعى يقدر فى عين أو منفعة يقتضى تمكين من ينسب إليه من انتفاعه وأخذ العوض عنه من حيث هو كذلك، فإنه صريح فى أن الملك محله المال فقط، وأما غير المال مثلاً فلا يملك وإنما يختص به

٧ - الملكية في الحقوق :

إذا لاحظنا أن الحقوق أنواع :

فمنها ما يعد مالا ، كالدين وحقوق الارتفاق عند كثير من الفقهاء ، ومنها ما لا يعد مالا باتفاق ، كحق الحضانة وحق النسب وحق الضم وحق رؤية الصغير ، ورأينا أن من الحقوق ما يكون محلا للملك ، ومنها ما لا يكون محلا للملك ، وإن منها ما يجوز الاعتياض عنه بالمال ، ومنها ما لا يجوز الاعتياض عنه بالمال ، فإن ذلك يقتضينا بيان هذه الحقوق وقبولها الملك واختلافها بالنظر إلى محلها ، وهي بالنظر إلى ذلك أنواع :

(أ) منها حقوق تتعلق بالأموال أى أن محلها المال .

(ب) ومنها حقوق تتعلق بالذمم وليس لها وجود إلا بناء على اعتبار شرعى .

(ج) ومنها حقوق تتعلق بنفس الإنسان ، أى أن محلها الإنسان نفسه لا ذمته .

(د) ومنها حقوق تثبت للإنسان فيختص بها دون أن يكون لها محل تتعلق به .

فأما ما يتعلق بالمال منها ، فمئة :

١ - ما يتناول ملك المنافع ، كالسكنى والركوب وحقوق الارتفاق ونحو ذلك من منافع الأعيان المعينة .

٢ - ومنه ما يتناول الإباحات ، كحق المرور في الطرق العامة ونحوه .

٣ - ومنه ما يتعلق بمشئة الإنسان وإرادته كحق الادعاء ، وحق الرجوع في الهبة أو في الوصية ونحوه مما له اتصال بالمال أو بالملك .

والنوع الأول : وهو ما يتناول ملك المنافع يعد مالا عند من يرى أن المنافع من الأموال ، وتتناوله ملكية المنفعة ؛ لثبوت الاختصاص والانتفاع فيه بناء على تعريف المقدسى للملك .

والنوع الثانى . وهو الإباحات لا يعد من الأموال اتفاقا ولا تتناوله الملكية على تعريف الكمال بن الهمام ؛ لعدم ثبوت القدرة على التصرف فيه وإن رأى أنه بعد مملوكا بناء على تعريف القدسى إذا ما كان له اختصاص بصاحبه

والنوع الثالث وهو ما يتعلق بمشئنة الإنسان وإرادته لا يعد من الملك بناء على تعريف الكمال ؛ لانعدام عنصرى القدرة على التصرف والاستغلال فيه ، وذلك ما يراه الحنفية .

ويعدده مالا من يجيز التصرف فيه نظير عوض من المال وهو رأى بعض المالكية وبعض الفقهاء الذين اختلفت أقوالهم باختلاف هذه الحقوق .

وأما ما يتعلق بالذمم ، كحق الدين والحق فى النفقة والحق فى العمل المستحق على الأجير بعقد الإجارة فقد يرى فيه ما يعد مالا أو فى حكم المال ، كالدين ، وهذا مال حكما عند الحنفية ، ومال عند غيرهم وتثبت فيه الملكية ولكنها ليست ملكية تامة ؛ لأنها لا تكون إلا فى الأعيان ولا ملكية ناقصة بالمعنى السابق ؛ لأنها إنما تكون فى منافع الأعيان .

أما الحق فى العمل المستحق على الأجير فتناوله الملكية الناقصة ؛ لأنه منفعة من منافع الأعيان فى حقيقة الأمر .

وأما الحق فى النفقة الواجبة على آخر فهو حكم شرعى ثبت أثرا لتكليف شرعى لمن يجب عليه النفقة فلم يكن مالا ولا تتناوله الملكية ؛ لانعدام عنصرى التصرف والاستغلال على رأى الكمال بن الهمام ، وإن صح أن يعد مملوكا بناء على تعريف القدسى لثبوت عنصر الاختصاص الحاجز فيه .

وأما ما يتعلق بنفس الإنسان ، كحق الولاية على النفس وحق الحضانة وحق الانتساب وحق القصاص فهو أيضا حقوق لا تتناولها الملكية إلا على تعريفها بأنها اختصاص حاجز ، ولا تعد من الأموال عند الفقهاء ، ولذا لا يجوز الاعتياض عنها بالمال ما خلا حق القصاص فقد أجزى الاعتياض عنه بالمال ، وكان له كذلك حكم المال فى انتقاله بالورثة إلى الورثة عند الحنفية والشافعية والحنابلة وإن لم يعدوه مالا ، ولذا لم يجز تملكه لأجنبى سواء أكان بعوض أو بالمجان ، وإنما جاز الاعتياض عنه بالمال مع أنه ليس بمال ؛ لأنه يقوم بالعقد ، كما فى المنافع فهى عند

الحنفية ليست بمال ولكنها تقوم بالعقد، ولذا جازت المعاوضة عنها بالمال في الإجارة^(١).

ويرى المالكية أن حق القصاص لا يثبت لكل وارث وإنما يثبت للعصبة من الذكور، وفي ثبوته للإناث عن مالك روايتان : إحداهما أنه لا مدخل لهن فيه، والثانية أنهن كالرجال إن ورثن المقتول ولم يساوهن عاصب في الدرجة، فإن كان في درجتهم رجال فلا مدخل لهن فيه. وهذا هو المشهور^(٢).

وأما الحقوق التي تثبت للإنسان دون أن يكون لها محل، كحق الزوج في التمتع بزوجه وحقه في طاعة زوجته وإياه وحقوقه التي تثبت له بناء على أهليته وهي ما يسمى عند فقهاء القانون بالمكّنات، كحق التملك وحق التعاقد وحق الالتزام وغير ذلك من المكّنات فهي حقوق لا تعد من الأموال، غير أن منها ما أجزى أن يقابل بالمال، كحق التمتع بالزوجة فقد أجاز الشارع مقابله بالمال إذ جعله مستوجباً لمهر في ذمة الزوج عند عقد الزواج، وأجاز مقابله بالمال عند إسقاطه بطريق المخالعة، وعلى الرغم من ذلك لا يعد عندهم مالا وإن عبروا في جانبه بأنه مملوك.

وجملة القول أن معنى الملكية أو تعريفها في الفقه الإسلامي تعوزه الدقة في التحديد، وكان من نتيجة ذلك عدم تحديد ما يعد من قبيل الملك وما يعد من قبيل الاختصاص لا الملك، أو عدم التفرقة بين الملك والاختصاص، في حين أن حق الملكية في الفقه الوضعي محدود على ما أوضحنا فيه، فلم تختلف فيه الآراء، كما أن جواز الاعتياض عن بعض الحقوق وعدم جوازه لا يرجع في الفقه الإسلامي إلى ضابط عام واضح الحدود، وإنما يختلف الحكم في ذلك باختلاف الحقوق واختلاف الأعراف، حتى كان لكل حق حكم لا يستند فيه إلى أصل عام، فاختلقت لذلك فيه الآراء.

(١) راجع ابن عابدين، ج ٥، ص ٣٨٩، ص ٣٩٠، ص ٣٩٤ ونهاية المحتاج، ج ٥، ومطالب أولي النهى، ج ٦، من باب القود.

(٢) العقد المنظم للحكام، ج ٢، ص ٢٦٤، والشرح الكبير، ج ٤، ص ٢٥٦ وما بعدها.

٨ - قسمته بالنظر إلى خصائصه :

وينقسم بالنظر إلى خصائصه إلى ملك خاص، وملك عام، وإن شئت قلت: إلى ملكية خاصة وملكية عامة. ويراد بالملكية الخاصة ما كانت لصاحب خاص، واحداً كان أم متعدداً، له الاستئثار بمنافعها والتصرف في محلها^(١). ويراد بالملكية العامة: ما كانت لمجموع أفراد الأمة، أو ما كانت لجماعة من الجماعات التي تتكون منها الأمة بوصف أنها جماعة. وذلك كالأنهار والطرق وأفنية المدن والحصون.

وذلك أن ما ينتفع به من الأشياء قد وجد في بداية أمره مباحاً لا ملك لأحد فيه، ثم كان منه ما أمكن حيازته أو الاستيلاء عليه بقصد الاستئثار به فصار مملوكاً لمن استولى عليه من الأفراد، وبذلك نشأت فيه الملكية الخاصة بالاستيلاء، وهي أساس جميع الملكيات الخاصة التي تستند إلى أسبابها من العقود والتولد والوراثة والوصية وغيرها، وما هو بحسب وضعه محل ومصدر لانتفاع كل من دعت حاجته إلى الانتفاع به دون أن تدعوه داعية إلى الاستئثار به. إما لكثرة ووفرته، كالكلاء في الأرض، وإما لتعاطمه، كالأنهار والطرق العامة، وإما لكثرة من يقصده ويرتفق به، كمطارج البلاد وأفنياتها وما إلى ذلك من مرافقها. وكان منه كذلك ما بقي على حاله غير متفجع به ولا مستولى عليه من أحد، فظل مباحاً غير مملوك لأحد، وذلك كالأسماك في البحار والمعادن في الأرض غير المملوكة، والطيور في الجو والصيد في الصحراء.

والأول من هذه الأنواع تتمثل فيه الملكية الخاصة، والنوع الثاني تتمثل فيه الملكية العامة، والنوع الثالث لا ملكية فيه لأحد، بل يعد من المباحات التي تملك بالاستيلاء عليها.

وعلى أساس ذلك تميزت الأشياء المملوكة من الأشياء المباحة التي تملك بالاستيلاء والحيازة، وهي الأشياء التي ظلت على طبيعتها فلم يستول عليها أحد ولم تتعلق بها حقوق لأحد، كما تنوعت الملكية إلى خاصة، وهي ما كانت لفرد

(١) الطبرى . ج ٣، ص ٢٢٥، والأموال لأبى عبيد، ص ٢١٣، ٢٢٣، ٢٦٨ وما بعدها.

أو أكثر، على أن يكون انتفاع كل فرد في حال الكثرة انتفاعاً محدوداً بماله فيها من حظ معلوم إذا تجاوزه عُدّ معتدياً على حق غيره من الشركاء، وإلى عامة وهي ما كان الانتفاع بآثارها لجميع أفراد الأمة أو لجماعة من الجماعات التي تتكون منها. على أن يكون انتفاع الفرد منهم بها قائماً على أنه فرد من تلك الجماعة، دون أن يكون له اختصاص وحظ محدود لا يتجاوزه إلا إذا انتهى انتفاعه إلى وضع يحول دون انتفاع طلبه غيره من الأفراد، فعند ذلك يرد إلى مشاركة غيره في الانتفاع على قدم المساواة والعدل، بحيث لا يكون انتفاع أحدهما مانعاً من انتفاع الآخر.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الوضع، وذلك ما لا محل للشك فيه، فأقرارها للملكية معلوم بالضرورة، وإقرارها للملكية العامة ماثل في المساجد ومائل في الأعيان الموقوفة على جهات الخير العام، وظاهر فيما فعله رسول الله (ﷺ) من قسمته غنائم خيبر نصفين، جعل أحدهما للنواب والوفود تفد على المسلمين، وظاهر فيما حماه رسول الله (ﷺ) من الأرض لخیل المسلمين التي يحملون عليها حين يغزون في سبيل الله، فقد حمى النقيع لهذا الغرض، فكان للمسلمين عامة، وظاهر في قول عمر رضي الله عنه إذ كان يقول : «ما من أحد من المسلمين إلا وله في هذا المال حق أعطيه أو منعه، ومن أراد أن يسأل عنه فليأتني، فإن الله تبارك وتعالى جعلني له خازناً وقاسماً»^(١)، وظاهر في أرض السواد وأرض مصر إذ جعل عمر ذلك وقفاً على المسلمين ما تناسلوا ولم يخمسه ولم يقسمه بين الفاتحين، وذلك ما أشار به عليه رضي الله عنه، ومعاذ بن جبل، فقد قال له معاذ : «إنك إن قسمت الأرض ليكون ما نكره إنك إن قسمتها صار الربع العظيم في أيدي القوم، ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة، ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون من الإسلام مسداً وهم لا يجدون شيئاً، فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم».

وما يلاحظ أن الملكية في هذا النوع وإن تميزت من الملكية الخاصة التي لشركاء بما لها من أحكام خاصة بها لا تشترك فيها مع الملكية الخاصة إلا أنها تماثل هذه الملكية من ناحية أنها ملكية لأفراد، كان من حق كل فرد منهم أن يحاسب

(١) الطبري، ج ٣، ص ٣٢٥، والأموال لأبي عبيد، ص ٢١٣، ٢٢٣، ٢٦٨ وما بعدها.

وأن يراقب وأن يرعى ، وذلك ما يدل عليه قول عمر رضى الله عنه : «لا يترخص أحدكم فى البرذعة أو الحبل أو القنب ، فإن ذلك للمسلمين ليس أحد منهم إلا وله فيه نصيب ، فإن كان لإنسان واحد رآه عظيما ، وإن كان لجماعة المسلمين ارتخص فيه ^(١)» - فإن هذا تحذير لعامة الناس من أن تكون رعايتهم لهذا المال قائمة على أنه مال الجماعة ، أو مال الله ، دون ملاحظة حق كل فرد فيه ، وهذا ما يجلى معنى الملكية العامة فى نظر الإسلام وأنها للأفراد مشتركين ، لالهيئة بوصف أنها هيئة لها شخصية اعتبارية ولها ملك هذا المال وحقوقه .

ولم تجعل الشريعة الإسلامية لكل من هذين النوعين نطاقا خاصا ، بل كل مال فى نظرها صالح لأن يكون ملكا لفرد أو ملكا للأمة إلا ما تحول طبيعته ووضعته دون أن يكون ملكا خاصا ، أو تحول دون ذلك المصلحة العامة ، وقد فصل القول فى ذلك الشافعى رضى الله عنه فى كتابه الأم ، إذ قال : «ما لا يملكه أحد من المسلمين صنفان : أحدهما يجوز أن يملكه من يحييه وذلك مثل الأرض تتخذ للزرع والغراس والآبار والعيون ومرافق هذا الذى لا يكمل صلاحه إلا به ، وهذا إنما تجلب منفعته بشئ من غيره ولا كبير منفعة فيه نفسه ، وهذا إذا أحياه رجل أو امرأة بأمر وال أو بغير أمره ، ملكه ولم يملكه أحد غيره إلا أن يخرج من أحيائه من يده» ، والصنف الثانى ، ما تطلب المنفعة منه نفسه ليخلص إليها دون شئ يجعل فيه من غيره ، وذلك كالمعادن الظاهرة والباطنة كلها من الذهب والتبر والكحل والكبريت والملح وغير ذلك . وأصل المعادن صنفان : ما كان ظاهرا ، كالمح الذى يكون فى الجبال ينتابه الناس ، فهذا لا يصلح لأحد أن يقطعه أحدا بحال ، والناس فيه شرع ، وكذلك النهر والماء الظاهر ، فالمسلمون فى هذا كلهم شركاء ، وهذا كالنبات فيما لا يملكه أحد ، وكالماء فيما لا يملكه أحد ، ودليل ذلك ما روى أن الأبيض ابن حمال سأل رسول الله (ﷺ) أن يقطعه ملح مأرب فأراد أن يقطعه أو قال أقطعه إياه فقبل له : إنه كالماء العذ ، فقال رسول الله (ﷺ) : فلا إذن . فيمنع إقطاع مثل هذا ؛ لأنه حمى ، وقد قضى رسول الله (ﷺ) أنه لا حمى إلا لله ورسوله ، وإنما كان هذا حمى ؛ لأن المقطع إياه لا

يحدث فيه شيئاً تكون المنفعة فيه من عمله ولا يطلب فيه شيئاً لا يدركه إلا بالمؤونة عليه، إنما يستدرك فيه شيئاً ظاهراً ظهور الماء والكأ فإذا تحجر ما خلق الله من هذا فقد حمى لخاصة نفسه وليس ذلك له ولكنه شريك فيه، كشركته فى الماء والكأ الذى ليس فى ملك أحد.

وليس معنى هذا أن هذا النوع لا يملك ما يستولى عليه الشخص منه بل المعنى أنه لا يجوز إقطاعه جملة، ليمنع غيره من الانتفاع، وإنما إذا أخذ منه شخص شيئاً فاستولى عليه ملكه بالاستيلاء، كمقدار من الماء يجاز أو من المعدن أو من الكأ، وخلاصة هذا أن الشافعى رضى الله عنه يرى أن ما يجوز إقطاعه من المباح هو ما يستغنى عنه ولا يضر تملكه ويكون الانتفاع به بما يحدثه فيه المالك من بناء أو غراس أو زرع أو ماء يحتفره، ولم يكن لأدمى أن يصل إليه إلا باحتفاره. أما ما كان فيه المنفعة بلا عمل ولا نفقة فهو للناس جميعاً، كالماء والكأ والنار وملح الجبال والمعدن الظاهر على وجه الأرض، وهكذا، فمثل هذا لا يجوز إقطاعه وإن جاز تملك شىء منه بالاستيلاء.

ومن العلماء من لا يرى هذا العموم ويرى تقييده بما لا تدعو المصلحة إلى جعله ملكاً عاماً، وبني على ذلك أن جميع المعادن فى الأرض تعد ملكاً عاماً وإن توقف ظهورها والوصول إليها إلى حفر وعمل ونفقة. ومن هؤلاء بعض المالكية.

هذه نظرة الشريعة فى قسمة الملكية إلى خاصة وعامة، أما فى الشريعة الوضعية فلم تكن الملكية العامة معروفة بمعناها الدقيق فى العهد القديم عند الرومان، إذ كانوا يقسمون الأشياء قسمين: أشياء مملوكة أو فى الإمكان أن تملكها الأفراد، وأشياء لا يجوز تملكها إذ يجب تركها للانتفاع العام، ولم يتجه الفكر يومئذ إلى إقرار حق ولاية للسلطة العامة على هذه الأشياء. وقد ظل الحال على ذلك إلى القرن التاسع عشر حيث ابتدأ البحث فى هذه الفكرة، فكرة الملكية العامة، وذلك بسبب انتشار المبادئ الفقهية والبحث فيها، ومنذ ذلك الحين تبلورت فكرة الملكية العامة وتحددت، ولم ينقطع بذلك الجدل والبحث فى موضوعها، بل لا يزال الفقهاء باحثين فى مختلف وجوهاها متسبعين لفروعها، محللين لطبيعتها، فكان منهم من يرى أنها لا تمثل حق ملكية بالمعنى الصحيح، وأن السلطة الإدارية لا تتمتع بحق من هذا النوع على الأشياء التى هى محل للانتفاع العام. إذ هى

بالنظر إلى طبيعتها لا تقبل أن تكون محلا لحق ملكية من أى نوع، ودليل ذلك أنه لا يعترف للسلطة الإدارية بأى حق عينى عليها، ولم تترك لاستعمال الناس جميعا إلا لكونها ليست محلا لأى حق معين عليها، ولذا فإنها توصف بأنها الأشياء التى لا مالك لها، أو بأنها الأشياء المباعة، وأن الانتفاع بها من قبيل الإباحة، والإباحة تتعارض مع فكرة الحق بمعناه المعروف، غير أن أصحاب هذا الرأى لا ينكرون ما للسلطة الإدارية من ولايات عليها تتعلق بتنظيمها ووضع الشرائع واللوائح للانتفاع بها، مما قد يسمى حق حفظ ورعاية، أو حق سيادة، ولم يسد هذا الرأى فى المجال الفقهي بسبب أن هذه الأشياء تقبل الملكية الخاصة إذا ما أخرجت من نطاق الانتفاع العام، للاستغناء عنها، وإذن فليس ما يمنع من أن تعد مملوكة حال انتفاع الناس جميعا بها، غير أنها ملكية لها خصائص متميزة عن خصائص الملكية الخاصة استوجبها ذلك الانتفاع، وليست راجعة إلى طبيعتها. ولذلك فقد استقر رأى أكثر الفقهاء على أن الملكية فيها ملكية حقيقية إلا أنها من نوع خاص يتميز من الملكية الفردية، فهي ملكية قائمة بذاتها تنفرد بخصائص معينة ولها مقومات، هى عبارة عن الحقوق المقررة للسلطة الإدارية على الأملاك العامة، وليس ما يمنع حينئذ عن أن تتميز كذلك باسم خاص يطلق عليه كاسم الملكية العامة.

وجملة القول أن جميع التشريعات فى البلاد العربية تعترف بالملكية العامة، وتقرها وتعنى ببيان مقوماتها وما يتعلق بها من حقوق. وينقسم المملوك ملكا عاما قسمين : الأملاك العامة التابعة للدولة، والأملاك العامة التابعة للبلديات أو المدن وما مائلها. والأولى هى المخصصة لمنفعة عامة شاملة لجميع أفراد الدولة. والثانية هى ما كانت مخصصة لمنفعة فئة أو جماعة من الجماعات أو الفئات التى تتكون منها الدولة، وليس يترتب على هذا التقسيم أى أثر بالنظر إلى الأحكام القانونية الأساسية، ولا يختلف الأمر فى هذين القسمين إلا بالنظر إلى توزيع الاختصاص والأشخاص الذين لهم حق الانتفاع ومن له الولاية والرعاية عليها.

وكما تنقسم الملكية العامة هذين القسمين ، تنقسم كذلك بالنظر إلى أحكامها وما خصصت له قسمين آخرين :

أحدهما : أملاك عامة للدولة، وهو ما كان مخصصا لمنفعة من المنافع العامة، كالطرق والجسور والقناطر، والأنهار والقلاع والحصون وسدود المياه

والمساجد والبيع والسكك الحديدية، وما إلى ذلك مما أعد لذلك بسبب طبيعته أو بناء على قرار تصدره الدولة بذلك.

ويمتاز هذا النوع من الأموال بأنه لا يجوز أن يكون محلاً للملكية الفردية ولا للتصرف فيه بيعاً ورهنًا، ولا بغير ذلك من التصرفات التي يحظرها القانون فيه، ما دامت مخصصة لما أعدت له من المنافع العامة، فلا يكتسب عليها حقوق بمرور الزمن، ولا يحجز عليها، فإذا ما أخرجتها الدولة من هذا النطاق بقرار تصدره بذلك زایلتها تلك الخصائص، فجاز للأفراد تملكها بسبب من أسباب نقل الملكية.

ثانيهما : أموال الدولة الخاصة أو أملاكها الخاصة، وتسمى بالأملاك الحرة، وهى الأموال التى تملكها الدولة بصفتها شخصاً معنوياً وتستعملها استعمال الأفراد للملكهم الخاص؛ ولكن لأغراض مصلحة عامة، كالأراضى الأميرية التى تقوم الدولة على زراعتها واستغلالها دون أن تخصص لمنفعة عامة، وكذلك الأموال التى تنول إلى الدولة من تركة لا وارث لها، أو عن أشخاص مجهولين لا تعرف لهم ذاتية، أو غائبين ليس لهم وارث، وكذلك الغابات والمعادن وما تناله الدولة من الكنوز التى يعثر عليها حسب القوانين الموضوعة لذلك، وما تكشف عنه المياه من الجزر، وما تصدره الدولة من الأموال، وما تنشئه الدولة لموظفيها أو لرعاياها من المساكن ونحو ذلك، فللدولة فى هذا النوع أن تتصرف فيه تصرف الأفراد فى أموالهم الخاصة، وتسرى عليها فى كثير من أحوالها أحكام القانون المدنى، وعلى الجملة فإن أحكام هذا النوع من الأموال تختلف بحسب اختلاف قوانين البلاد التى توجد فيها هذه الأموال.

ذلك ما انتهى إليه التشريع الوضعى نتيجة لما تتطلبه نظم الحكم السائدة فى البلاد العربية وأعرافها وعاداتها، ولم يكن ذلك معروفاً على هذا الوضع والتفصيل فى بداية الإسلام عند تشريع الأحكام واستنباطها، ولم يكن لبیت المال يومئذ إلا موارده المعروفة وهى الزكاة والخراج والجزية وصدقات الزروع والعشور وما يستحقه من الغنائم والفىء والمعادن، وكذلك التركات التى لا وارث لها، ويضاف إلى ذلك الضرائب التى يرى الإمام فرضها للحاجة، وكان كل ما يجبى من هذه

الموارد يعد ملكاً لبيت المال أو لجماعة المسلمين، وكانت الملكية فيه ملكية عامة، كما أنها كذلك فى الطرق والمساجد وجميع ما أعد من المرافق للمصالح العامة، ويلاحظ أن تنوعها على الوضع السابق بيانه إلى ملكية أموال عامة وملكية أموال حرة أو خاصة تنوع واقعى نظر فيه إلى ما أعدت له وقصد منها، فما أعد لمصلحة عامة دائمة له وضعه الخاص وأحكامه التى اقتضاها هذا الوضع، وهى التى تعرفها الشريعة لكل ما أعد لمصالح المسلمين العامة، كالمساجد والوقوف الخيرية، فلا يصلح شئ من ذلك أن يكون محلاً للملكية فردية خاصة مطلقة، ومن ثم امتنع بيعه وهبته ورهنه وإجارته وإقطاعه ما دام معداً لذلك، وذلك ما استوجبه الغرض منه، وما ليس كذلك من الأموال المملوكة لجماعة المسلمين له حكمه فكان فيه أرزاق الموظفين والعاملين والجنود، وشق الترع والطرق والقيام على إصلاحها وبناء المصالح، وما إلى ذلك مما يستوجب إنفاقاً وبيعاً وإقطاعاً وإرصاداً وإجارة واستغلالاً، وذلك شأن ما يجبى من الموارد السابقة الذكر. وهذا ما لا يختلف فى الواقع عما بيناه فى التشريعات الوضعية إلا بالنظر إلى التفصيل والتنظيم والترتيب.

٩ - قسمة الملك بالنظر إلى صورته :

وينقسم كذلك بالنظر إلى صورته قسمين :

(أ) ملكية متميزة ، (ب) ملكية شائعة

فالملكية المتميزة هى ما كان موضوعها أو محلها معيناً، فشملت جميع أجزائه واختص بها مالك واحد، وذلك كملكية شخص لدار بأكملها أو لطبقة معينة من طبقات دار ذات طبقات أو لقطعة أرض محددة.

والشائعة ما تعلقت بجزء نسبى غير معين من شئ نتيجة اشتراك فيه دون إفراز، فكان كل جزء منه مملوكاً لأكثر من شخص بنسب معينة، كسدس ونصف وثلث، سواء أكان ذلك الجزء صغيراً أم كبيراً، كملكية شخص لنصف دار أو لربعها أو لعشرها وباقيها لغيره. وهذا ما يسميه الفقهاء بالحصصة الشائعة فى الشئ المملوك المشترك مهما تضاءلت، فكان كل جزء منه مهما صغر غير مختص بأحد من الشركاء، بل تتعلق به ملكياتهم جميعاً، وسنعرض لأحكامها فيما يأتى :

وقسمة الملك هذه القسمة قسمة واقعية مستمدة من وضعها وواقعها في الخارج، ولذا لم تكن هذه القسمة محلا لاختلاف النظر فيها، وكانت محل اتفاق بين الفقهاء.

١٠ - خصائص الملك أو الملكية :

للملكية خصائص وأحكام مختلفة، على حسب اختلاف أنواعها، فيكون لبعضها ما ليس لبعضها الآخر، وذلك بحسب ما تقتضيه طبيعة كل نوع، وما يدعو إليه النظر الشرعي والمصلحة الاجتماعية.

وفيما يلي بيان هذه الخصائص والأحكام :

خصائص الملكية الخاصة :

الأولى، أن الأصل في الملكية أو في حق الملكية أن يكون حقا مطلقا جامعا لكل فائدة يستطاع استيفؤها من الشيء المملوك، وأن يكون مقصورا على صاحبه، وهذا الأصل محل اتفاق بين الفقهاء، ويظهر بوضوح في الملكية التامة في الشريعة الإسلامية، وفي حق الملكية في الفقه الوضعي.

أما بالنسبة إلى الملكية الناقصة في الشريعة الإسلامية، فإن هذه الخاصية تتحدد تبعاً لوضعها، وذلك بحسب ما إذا كانت ملكية عين فقط أو ملكية منفعة فقط، وبحسب ما إذا كانت شاملة لجميع منافع العين المتعلقة بها أو مقصورة على بعضها، فملكية حق السكنى مثلا تكون جامعة لكل صاحبه وهكذا، ويتناول من فائدة مستطاعة، ويكون مع ذلك مقصورا على ما تشمله السكنى، ويقتضى هذا الأصل الأحكام الآتية :

الأول - شمول حق الملكية أو الملكية على اختلاف أنواعها جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء المملوك في حدود مقتضاها، فلصاحب هذا الحق أن يستعمل الشيء المملوك، وأن يستغله، وأن يتصرف فيه على الوضع الذي يريده، ولمالك منافع أرض معينة أن يتنفع بما يستطيعه من منافعها زراعة أو غرسا أو باتخاذها محتطبا أو حظيرة أو مخزنا أو مصنعا أو نحو ذلك، في حدود ما يملك من منافعها، ولمالك حق السكنى أن يسكن بنفسه، وأن يسكن معه غيره من أهله على الصورة التي يبتغيها، وهكذا.

الثانى - أنه حق مطلق فى هذه الحدود، وذلك هو الأصل فيه، غير أن ذلك لم يسلم له فى الشريعة الإسلامية، فهو فيها مقيد بعدم الإضرار بغير المالك، فشأنه شأن جميع الحقوق فيها من جهة أنها جميعها مقيدة بذلك، فإن الشريعة الإسلامية لم تشرع حقاً مطلقاً غير مقيد بذلك، بدليل قوله (ﷺ): «لا ضرر ولا ضرار»، على أنه يجب أن يراعى دائماً ألا يكون ذلك مؤدياً إلى ضياع حق المالك، بل يجب أن يوازن بين الضرر الذى يلحقه بسبب مراعاة عدم الإضرار بغيره، والضرر الذى يمس غيره إذا ما انتفع على الوضع الذى يريد فيتجنب أشدهما، وكذلك لم يغفل الفقه الوضعى هذا النظر، فكان فى كل من الفقهاء قيود تقيد هذا الأصل، ومن هذه القيود ما اتفق فيه الفقهاء، ومنهما ما يختلفان فيه، ومن النوع الأول ما ذهب إليه الفقهاء من أن مالك العقار فى سبيل انتفاعه به ممنوع من أن يضر بجاره ضرراً يئنا فاحشاً، لقوله (ﷺ): «لا ضرر ولا ضرار» وعلى هذا الأساس وجدت نظرية التعسف فى استعمال الحق.

وستزيد هذا الموضع بيانا عند الكلام على قيود الملكية.

الثالث - أنه مقصور على صاحبه، بمعنى أن لصاحبه أن يستأثر بجميع مزاياه ويمنع غيره أن يشاركه فى ذلك وهذا فى حدود مقتضاه، باعتباره حق ملكية بالنسبة إلى الفقه الوضعى، أو ملكاً تاماً أو ناقصاً بالنسبة إلى الفقه الإسلامى، وهذا هو الأصل فيه. ولكن الشريعة الإسلامية قد قيدته بما شرعته من حق المشاركة فى بعض المنافع لغير صاحبه إذا ما اشتدت حاجته إلى ذلك، ولم يلحق صاحبه ضرر من هذه المشاركة، ومن هذا النوع عدة مسائل :

١ - أجاز أحمد والشافعى فى مذهبه القديم للجار أن يضع خشب داره على جدار جاره إذا دعت حاجته إلى ذلك، ولم يترتب على ذلك ضرر بجدار جاره، وذلك لما رواه أبو هريرة رضى الله عنه عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره». متفق عليه. وخالف فى ذلك أبو حنيفة ومالك.

٢ - جواز مرور الجار فى أرض جاره إذا لم يكن له ممر ولم يضر ذلك به. وذلك بناء على ما رواه زياد بن عبد الرحمن من القضاء بالممر فى أرض الرجل

لجاره إذا لم يكن يضر بصاحب الأرض، ولم يكن للجار ممر^(١). ولما رواه مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه، أن الضحاك بن خليفة أراد أن يمر بمرى إلى أرضه فى أرض لمحمد بن مسلمة، فأبى عليه محمد بن مسلمة أن يمر به فى أرضه، فقال له الضحاك : لم تمنعنى ولك فيه منفعة تشرب منه أولاً وآخرأ، ولا يضرک، فاستمر فى إباته، فشكاه إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر محمداً أن يخلى سبيله فرفض. فقال عمر : «والله ليمرن ولو على بطنك، وأمر بإمراره، فأمره الضحاك جبراً^(٢)»، وقد أقر القانون الألماني هذا المبدأ جملة، إذ جاء فيه : إنه يحظر على المالك أن يمنع غيره من التدخل فى انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضرورياً، لتوقى خطر داهم أشد كثيراً من الضرر الذى يصيبه من تدخله، وليس له إلا أن يعرض عما أصابه من الضرر.

وفى القانون المدنى حالات كثيرة أجاز فيها لغير المالك أن يستعمل ملك غيره عند الحاجة وعدم الضرر، فيجوز لمن يجاور المروى أو المصرف المملوكين لغيره أن يستعملهما فى رى أرضه وصرف مائها بعد أن يكون مالكها قد استوفى منها حاجته (م ٨٠٨) مدنى، ولمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لا يصلها به عمر كاف أن يكون له حق المرور فى الأرض المجاورة بالقدر اللازم، لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف.

وستزيد هذا الموضوع تفصيلاً عند الكلام عن قيود الملكية.

وقد كانت المادة (٨٠٨) من مشروع القانون المدنى المصرى تقرر مبدأ عاماً يقيد حق المالك فى الاستئثار بملكه إذ جاء فيها : «ليس للمالك أن يمنع غيره من التدخل فى انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضرورياً، لتوقى خطر داهم أشد كثيراً من الضرر الذى يصيبه من التدخل، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حين عرض عليها هذا المشروع رأَتْ حذف هذه المادة إثر اقتراح تقدم به أحد أعضاء المجلس، بناء على ما قد يشعر به نصها من عدم تقديس حرمة الملكية وما قد يخلقه هذا النص من مشاكل قد لا نجد

(١) المتفق على الموطأ، ج ٦، ص ١٤.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥.

لها ضابطا محددا، وقد كان قرارها بحذفه مبنيا على أن النتيجة العملية منه تتحقق فى الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إليه بناء على ما يحويه القانون من قيود فى الملكية مضافا إليها نظرية التعسف فى استعمال الحق، وذلك ما يغنى عنه، وعلى أية حال فذلك مبدأ جرت عليه جميع قوانين البلاد العربية. على أنه مما يجب ملاحظته فى هذا المقام ما قرره الشريعة الإسلامية، وعلى غرارها جميع التشريعات الحديثة، وبخاصة فى البلاد العربية من أن حق الملكية إذا تعارض مع مصلحة عامة قدمت عليه المصلحة العامة، ومن ثم لا يقف حق الملكية فى تحقيق مصلحة عامة.

ثانيا - أنه حق دائم لا يقبل التوقيت، كما لا يقبل الإسقاط، وذلك ما يتناول ثلاث نقاط :

الأولى : دوامه، فحق الملكية فى الفقه الوضعى عندما يكون متعلقا بعقار حق دائم لا يزول ولا يقبل التوقيت ولا يسقط بالإسقاط، وإنما يقبل الانتقال إلى غير صاحبه بسبب من أسباب نقل الملكية التى منها مضى مدة التقادم، وإذن فهو باق لصاحبه ما بقى العقار الذى تعلق به.

أما إذا كان متعلقا بمنقول، فلا تكون له هذه الصفة بإطلاق، إذ تقضى المادة (٨٧١) مدنى مصرى بأن المنقول يصبح غير مملوك لأحد إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكه، وذلك بخلاف العقار، إذ بالتخلى عنه يصبح ملكا للدولة، م. (٨٧٤)^(١) مدنى مصرى.

وليس هذا الحكم للحقوق العينية الأخرى، إذ ليس منها حق دائم. فحق الارتفاق يجوز الاتفاق على توقيته، وعندئذ ينتهى بانتهاء وقته، م (١٠٢٦) مدنى، كما ينتهى أيضا إذا تنازل عنه مالك العقار المرتفق حين لا يكون للارتفاق أية منفعة للعقار المرتفق، ولم يبق له إلا فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، م (١٠٢٩) مدنى مصرى، وحق الانتفاع ينتهى بموت المنتفع أو بانتهاء أجله قبل ذلك إذا ما حدد له أجل، م (٩٩٣) مدنى مصرى، وحق الاستعمال وحق السكنى يسرى عليهما هذا الحكم م (٩٩٨) مدنى مصرى،

(١) حق الملكية، للدكتور الصدة

وحق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته عن ٦٠ عاما، م (٩٩٩) مدنى مصرى، ويعتبر هذا التأقيت من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافه^(١).

وعلى هذا جرت القوانين فى البلاد العربية مواد (٩٩٧)، (٩٩٨)، (٩٩٩) مدنى لیبى، (٩٥٤)، (٩٥٧) وما بعدها مدنى سورى، (١٢٥٣)، (١٢٥٧)، (١٢٥٨)، (١٢٥٩)، (١٢٦٠)، (١٢٦٥) مدنى عراقى.

أما فى الشريعة الإسلامية، فىرى الحنفية والشافعية فى أشهر أقوالهم أن ملك العين سواء أكان ملكا تاما أم ناقصا ملك دائم لا ينتهى، فلا تعود الأعيان المملوكة مباحة لا مالك لها، وفى قول آخر أنها تعود مباحة باطراحها والرغبة عنها، فتسقط ملكية صاحبها، ويتملكها من يستولى عليها بالاستيلاء، ويرى آخرون من الحنفية أن تركها واطراحها لا يسقط ملكيتها، وإنما يعد إذنا للغير فى الانتفاع بها دون أن يتملكها، وفى البزازية أن هذا القول هو المختار.

ويرى المالكية التفرقة بين ملكية تعلقت بالعين ثمرة للاستيلاء عليها، فكانت ملكية مبتدأة، وملكية تثبت لصاحبها بسبب آخر ناقل للملكية، فإذا كانت مبتدأة بأن تثبت فى مباح نتيجة للاستيلاء عليه، فإنها تنتهى بعود المملوك إلى الحال التى كان عليها من الإباحة، سواء أكان ذلك نتيجة لفراره وانفلاته من صاحبه بأن كان حيوانا ففر وانفلت أم نتيجة لتركه واطراحه رغبة عنه. وأما إذا كانت نتيجة لسبب آخر، كشراء أو هبة أو إرث، فإنها تكون دائمة، فلا تنتهى بترك المملوك وطرحه رغبة عنه، بل تبقى لصاحبها، ويكون له حق استرداده ممن يستولى عليه، ويؤسسون ذلك على أن الملك فى الحال الأولى أضعف منه فى الحال الثانية، إذ أنه قد تقوى فى الحال الثانية بإبتائه على ملك سابق.

ومن المالكية من يرى أن الملك مطلقا ينتهى فى حالة إلقاء أى متاع مملوك فى البحر، خشية الغرق بسبب ما حملته السفينة من ثقل فوق طاقتها، فإذا أخذه شخص بعد ذلك من البحر تملكه.

(١) الحموى على الأشياء، ج ٢، ص ١٠٥.

وذهبت الحنابلة إلى أن الملك ينتهى فى الدواب، إذا تركها مالكها فى صحراء أو فى مسبعة مما يعد تركه فيه مهلكة له، ولا يزول بترك ما عدا ذلك من المتاع، بل يستمر لصاحبه على أشهر الأقوال عندهم.

وجملة القول فى ذلك أن فى دوام ملك العين وعدم انتهائه اختلافًا فى الآراء على الوجه الذى شرحناه، ومنه يتضح أن أكثر الفقهاء يرون دوام ملك العين وعدم انتهائه^(١).

ومما ينبغى ملاحظته أن محل هذا الخلاف إذا لم يكن القصد من الترك والطرح تملك المتروك للغير. أما إذا كان القصد منه تملك الغير، كما فى نشر النقود فى الأفراح، فإن ذلك يكون من قبيل التملك، ونقل الملك إلى الغير لامن قبيل إسقاط الملكية.

ذلك ما يتعلق بملك الأعيان، أما ملك المنافع، فهو عند الحنفية ملك مؤقت، كحكمه فى القانون المدنى المصرى، ولذا ينتهى بموت المتفع مالك المنفعة، وبانتهاء المدة التى حددت للانتفاع، وبهلاك العين المتفع بها، وبموت المملك، كما فى العارية عند الحنفية خلافاً للمالك؛ إذ يرى أنها إذا كانت مؤقتة لم تنته إلا بانتهاء مدتها.

أما الشافعية والحنابلة فأثر العارية عندهم الإباحة لا الملك، فهى تبيح للمستعير أن يتفع بالعين المعارة بطريق الإباحة، والإباحة تنتهى بوفاء كل من الميخ والمباح له.

وكذلك ينتهى ملك المنفعة فى الإجارة بموت المؤجر عند الحنفية، كما ينتهى فيها أيضاً بتعذر الانتفاع بالعين المستأجرة. فإذا استأجر إنسان أرضاً للزراعة مدة من الزمان فغلب عليها الرمل أو الماء فى أثناء المدة، بطلت الإجارة فى باقىها، وانتهى بذلك ملك المنفعة فى المدة الباقية.

(١) البدائع للكاسانى، والحانية لقاضيخان، والبرازية للبراز من كتاب إحياء الموات وكتاب الصيد، وراجع كشف القناع، ج ٤، ص ١٣٤، ومتن الإرادات، ج ١، ص ٢٠٥، ونهاية المحتاج، ومنع الجليل، ج ١، ص ٥٨٥، والفروع، ج ٢، ص ٨٤٩، والفروق للقرافى، ج ٤، الفرق ص ٢١٣، وتهذيب الفروق.

ويرى مالك والشافعي وأحمد أن ملك المنفعة يورث، وعلى ذلك لا ينتهى ملك الانتفاع عندهم فى الإجارة بوفاة المستأجر فى أثناء مدة الإجارة بل ينتقل إلى ورثته، وكذلك لا ينتهى بوفاة المؤجر، كما لا ينتهى فى الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل انتهاء المدة المحددة للوصية.

وليس يختلف الحكم قانونا بالنسبة لحق الاستعمال والسكنى عن الحكم فى حق الانتفاع م (٩٩٨) مدنى مصرى، كما لا يختلف أيضا فى الفقه الإسلامى إذ إن ذلك ضرب من الانتفاع فى نظره، فلا يختص بحكم دونه.

أما حق الحكر أو القرار بناء على الحكر، فهو حق بقاؤه بقيام المستحكر بدفع الأجرة، مع بقاء البناء أو الغراس فى الأرض عند الحنفية، فإذا امتنع المستحكر عن دفع الأجرة أو زالت أصول البناء أو الغراس، انتهى الحق شرعا. أما فى القانون المصرى فقد قيدت مدته بالأتزيد على ستين سنة، م (٩٩٩) مدنى مصرى.

الثانية : أن لا يسقط بالإسقاط، ولا بعدم الاستعمال، وهذا ما تقضى به القوانين فى حق الملكية خلافا للحقوق الأخرى المتفردة عن حق الملكية. فقد نص الشارع المصرى على سقوطها بعدم الاستعمال، مواد (٩٩٥)، (٩٩٨)، (١٠١١)، (١٠٢٧) مدنى مصرى.

وبناء على ذلك لا تسقط دعوى استحقاق حق الملكية بمضى المدة، وإن كان ينتقل إلى واضع اليد بمضى المدة المكتسبة، فيكون ذلك من قبيل انتقاله من شخص إلى آخر لا من قبيل سقوطه.

وقد استثنى الشارع من قاعدة عدم سقوط الحق بعدم الاستعمال حالتين :

الأولى : ما نص عليها فى المادة ٨٧٤ مدنى مصرى، وهى حالة تملك أرض غير منزوعة، لا فى ملك أحد بسبب زراعتها، أو غرسها، أو بنائها إذ يفقد مالكها ملكيتها بعدم استعمالها مدة خمس سنوات متوالية خلال الخمسة عشر سنة التالية لئتملك.

والحال الثانية : هى التى نص عليها فى م (١٤) من قانون الإصلاح الزراعى الصادر فى سنة ١٩٥٢، إذ توجب على من أعطى أرضا بذل العناية الواجبة فى زراعتها، فإذا قصر فى ذلك جاز إلغاء القرار الصادر بإعطائه هذه الأرض

واستردادها منه ما لم تمض خمس سنوات على إبرام العقد النهائي بتمليكه هذه الأرض، وذلك الاستثناء بناء على أن الحق ليس غاية في ذاته وإنما أعطى لصاحبه على أن يكون وسيلة أمن وعمل، فمن لم يتخذه كذلك، بل اتخذه وسيلة تعطيل وإهمال كان جديراً بأن يفقده (١).

وهذا الحكم شبيه بحكم الشريعة في حق التحجير، وهو ما يثبت نتيجة استيلاء شخص على أرض موات لإحيائها، إذ يثبت له بذلك أولوية على جميع الناس في إحيائها، ويستمر له هذا الحق مدة ثلاث سنوات، فإذا مضت دون إحيائها سقط حقه، وذلك لقوله (ﷺ) : «ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين»، وبذلك قضى عمر رضى الله عنه، إذ إن مضى هذه المدة دون عمارتها دليل عجزه، فوجب لذلك أن ييسر طريق إحيائها لغيره.

هذا وقد بينا أننا رأى الفقهاء في ملك العين، وأنه ملك دائم عند أكثرهم لا يقبل إسقاطاً، كما لا يسقط بمضى المدة. أما بالنسبة لملك المنفعة فحكمه أنه يقبل الإسقاط، فإذا أسقطه مالكه سقط اتفاقاً إذا كان سببه عقد إعارة أو عقد وصية. أما إذا كان سببه عقد إجارة، فإنه في هذه الحال يعد حقاً ناشئاً عن سبب لازم لا يملك أحد طرفيه الاستبداد بفسخه، وعلى ذلك لا يملك المستأجر أن يسقط حقه في العين المستأجرة ما دامت مدة الإجارة باقية، فإذا تم عقد الإجارة وسلمت العين إلى المستأجر ملك المنفعة ووجب عليه بدلها، وهو الأجر. أما إقدامه على الانتفاع بالعين فعلاً، فذلك له، إن شاء أقدم، وإن شاء لم يقدم، وإذا ترك انتفاعه بالعين لم يسقط حقه بذلك الترك ما دامت مدة الإجارة باقية.

وأما إذا كان ملك المنفعة بسبب الوقف، فهو لا يسقط كذلك بالإسقاط، فالمستحق في الوقف بشرط الواقف إذا أسقط حقه لم يسقط، وله أن يطالب به بعد ذلك (٢).

ولعدم قبول ملك العين التوقيت، اتفق الفقهاء على عدم صحة الإبراء والتنازل عن الأعيان.

(١) الملكية، للصدقة، ص ٢١.

(٢) الأشباه والنظائر، وحاشية الحموى عليه، ص ١٦٠.

وليس يفوتنا فى هذا المقام أن نشير إلى ما ذهب إليه صاحباً أبى حنيفة ومن رأى رأيهم فى الوقف، إذ قد ذهبوا فيه إلى أنه من الواقف إسقاط للملكية العين الموقوفة وحسبها عن تملك لأحد من العباد، فتكون ملكاً لله سبحانه وتعالى، فإن قولهم هذا يتنافى مع ما ذكرناه من أن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط فيما ذهب إليه الفقهاء، وهذا رأى يخالف ما ذهب إليه غيرهم من الفقهاء من أن الوقف ليس إسقاطاً للملكية، وأن العين بعد وقفها تظل على ملك واقفها، أو تنتقل ملكيتها إلى الموقوف عليهم حسب اختلاف الآراء، وإن كانت هذه الملكية تخالف الملكية التى كانت لواقفها، فملكية واقفها كانت مطلقة، أما هذه الملكية فهى ملكية مقيدة، وعلى ذلك فليس ما يثبت للموقوف عليهم من الملك على القول بذلك هو عين ما كان للواقف منه.

ولسنا نجد فيما ذهب إليه صاحباً أبى حنيفة إلا أنه استثناء من ذلك الأصل. ومن البيان المتقدم فى توقيت ملك المنفعة، وصيرورة المنفعة بعد انتهاء مدتها ملكاً لملك العين، يتبين أن ملك العين الناقص مآله دائماً إلى ملك تام يتناول العين ومنافعها، لأن ملك الأشياء ليس مقصوداً لذاته، وإنما المقصود منه ملك المنافع، وإنما أقر الشارع ملك الأعيان ليكون سبيلاً إلى ملك المنافع وسنداً له، على أن بعض فقهاء المالكية قد ذهبوا إلى أن الملك لا يقع على الأعيان وذوات الأشياء، إذ إن مظهره القدرة على التصرف، وليس فى قدرة الإنسان التصرف فى جواهر الأشياء وذواتها، إذ لا يستطيع إعدامها، وإنما يقع تصرفه دائماً على منافعها بصورة تختلف سعة وضيقاً، وإطلاقاً وتقييداً، وتوقيتاً وتأيداً، وبحسب ذلك اختلفت العقود بأسمائها وآثارها، وهذه كما يرى نظرة غير واقعية من حيث النتائج الخارجية.

ومن هذا الذى بيناه من توقيت ملك المنافع، كانت الوصية بالمنفعة وحدها لجهات دائمة لا تحتل الانقطاع وصية مؤبدة، وبها تصير العين وقفاً، كما فى الوصية بالمنفعة للفقراء والمساكين^(١).

(١) المادة ٥٢ من القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦.

الثالثة : عدم قبوله التوقيت، فحق الملكية فى نظر القانون لا يقبل التوقيت، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على توقيته، فالاتفاق على نقل ملكية شخص معين على أن تكون له مدة محددة تعود بعد انتهائها إلى المملك اتفاق باطل، ومرد هذا الحكم إلى اعتبارات اجتماعية مصلحة، روعى فيها ألا يتعرض حق المتصرف للخطر، وذلك لأن حق الملكية يخول صاحبه سلطة إعدام ما تملكه، فإذا أعدمه قبل نهاية المدة أضر ذلك بحق المملك فبطل، ويرى الدكتور الصدة أن امتناع توقيت حق الملكية لا يرجع إلى طبيعة هذا الحق، بدليل وجود صور يتحقق فيها هذا التوقيت، حيث لا يتعرض حق شخص آخر للخطر، ومثل ذلك ملكية المستأجر أو المنتفع للمنشآت التى يقيمها على الأرض المؤجرة أو المنتفع بها، إذ القاعدة المتبعة أن يتملك مالك الأرض ما يقيمه غيره عليها من منشآت وذلك بمقتضى الالتصاق، ويجوز لمالك الأرض أن يخول أجنبيا مستأجرا الحق فى إقامة منشآت على الأرض تكون ملكا له، م (٩٢٢)، وذلك ما يجعل له أن يكون ذلك موقوتا بمدة الإجارة، حتى إذا انتهت كانت المنشآت ملكا لمالك الأرض، وعلى هذا تكون ملكية هذه المنشآت موقوتة بمدة الإجارة.

وفى رأى أن هذه المنشآت والمباني إذا انتقلت فى نهاية مدة الإجارة إلى مالك الأرض، فإن انتقالها إما أن يكون بلا عوض نتيجة للاتفاق، وفى هذه الحال تكون المنشآت المذكورة جزءا من الأجرة، أجل تسليمه إلى ما بعد انتهاء مدة الإجارة، وعلى ذلك تكون من أجرة الأرض، وتكون الملكية فيها قد انتقلت إلى مالك الأرض بعقد الإجارة، شأنها شأن باقى الأجرة التى دفعت له، فهى فى هذه الحال أجرة معينة، وإن انتقلت بعوض بناء على الالتصاق، فقد انتقلت بسبب من أسباب الملكية. وما ذكره الدكتور الصدة ردا على هذا من أن ذلك لا يسلم مع ما نصت عليه المادة (١٠٣٨) مدنى، من أن هذه المباني أو المنشآت إذا ما رهنها مالكاها يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض، إذا ما هدمت تلك المباني أو المنشآت، أو من التعويض الذى يدفعه مالك الأرض، إذا ما استبقى المبنى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق، إذ لو كان الأمر كما ذكر من انتقال ملكية المنشآت بسبب من أسباب الملك لما انتقل حق الدائن المرتهن إلى

التعويض الذى يدفعه مالك الأرض ثمنا للمباني، ولبقى حق الرهن على المنشآت، كما هو الحال فى كل عقار مرهون باعه راهنه.

وفى رأى أن هذا الحكم ليس إلا حكما خاصا روعى فيه وضع المباني من ناحية أن ليس لها حق قرار على الأرض، ومصلحة الدائن المرتهن، وإلا فما الفرق بين هذه الحال وحال ملكية المشتري عند الرغبة من الشفيع فى طلب الشفعة، وملكىة المستأجر للأجرة التى التزم بدفعها بعد مدة معينة. وهى عين فى يده، وعلى أية حال فإن هذا الحكم قد ثبت للملكية لمصالح اجتماعية وواقعية واقتصادية اقتضت ذلك.

وهذا ما تقضى به الشريعة الإسلامية، فالملك التام أو ملك العين على العموم لا يقبل التوقيت، ولا يجوز الاتفاق على ذلك، والاتفاق عليه باطل، أما ملك المنفعة فإنه يقبل التوقيت اتفاقا، فهو فى الإجارة موقت دائما بمدها، وفى الوصية مؤقت بحياة الموصى له أو بالمدة المحددة للانتفاع إذا حدد لذلك مدة، وظل الموصى له حيا إلى انتهائها عند الحنفية.

أما عند غيرهم فإنه يكون مؤقتا بالمدة، ولا ينتهى بوفاة الموصى لهم. وفى العارية يتوقت بما حدد لها من مدة إذا لم يرجع فيها المعير، أو بحياة العاقلين أيهما أقرب. فإذا انتهت المدة، أو توفى أحدهما، انتهى عند ذلك ملك الانتفاع.

وعند مالك يتوقت بمدة العارية إذا حددت فى العقد، فإن لم تحدد حدها العرف، والتوقيت عندهم لازم خلافا للحنفية.

ولعدم جواز توقيت ملك العين فى الشريعة الإسلامية كان فى العمرى غير مؤقت، على الرغم من إفادة عبارتها التوقيت عند الحنفية، ومن ذهب مذهبهم، وصورتها: أن يقول مالك العين لآخر أعمرتك دارى، أو هى لك عمرى أو عمرك، فقد ذهب الجمهور إلى إفادتها ملك العين، وأنها جائزة، فتصير بها العين ملكا لمن أعطيت له ولورثته من بعده، وقد نقل هذا عن جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس، وهو مذهب الحنفية والزيدية والحنابلة والشافعية مستدلين بما رواه أبو هريرة عن النبى (ﷺ) قال: «العمرى ميراث لأهلها» أو قال: «العمرى جائزة»، متفق عليه، وذهب مالك إلى أنها من قبل تملك المنفعة، وهى جائزة، ولذا تعود رقبته إلى مالكها بعد انتهاء الانتفاع بها.

ثالثاً : إن بداية الملكية ملكية تامة، سببها الاستيلاء على المباح، إذ كانت جميع الأشياء منذ خلقها الله مباحة، وإنما ملكت ابتداء بالاستيلاء عليها، ويدل على ذلك قوله تعالى في كتابه العزيز : ﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً﴾^(١)، فكانت جميع الأشياء مباحة للناس ينتفعون بها، وإنما يتملكونها بالاستيلاء عليها لقوله (ﷺ) : «من سبقت يده إلى ما لم تسبق إليه يد غيره فهو له»، وأثر الاستيلاء ملك العين ملكية تامة، وعنها تفرعت جميع أنواع الملكيات بالأسباب الناقلة للملكية، سواء أكانت ملكية منافع أم ملكية أعيان.

غير أن من ملك المنافع مالا يستند إلى ملكية تامة فى محله، وذلك كحق الشرب، وحق المرور، وحق المسيل، فإن هذه الحقوق قد تثبت وتستقر على الأرض المباحة باستعمالها فى هذه الحقوق دون أن يسبق تملكها بالاستيلاء عليها، كما إذا أحيا شخص أرضاً معينة وهى محاطة بأراض موات، جعل منها طريقاً إلى أرضه أو مسيلاً لأرضه فإنه بذلك يتملك تلك الحقوق عليها دون أن يسبق تملكها ملك رقبته.

خصائص ملك المنفعة :

وينفرد ملك المنفعة عن ملك العين فى الشريعة الإسلامية بالخصائص الآتية :

أولاً : قبول ملك المنفعة لأن يقيد بالزمن والمكان والصفة والنوع، فتملك المنفعة فى مدة معينة، كما فى الإجارة والوصية بالمنافع، أما قبوله التقيد بالزمن فلأن الزمن يعد معياراً للمنفعة المملوكة فيملك من المنفعة بقدر ما يكون منها فى زمن معين، وأما تقيدها بالمكان والصفة والنوع فلأن ذكر ذلك يعد بياناً لما ملك منها وتعريفاً به، وهذا بخلاف ملك العين، فإنه دائم مطلق، ومن ثم لا يتقيد بزمن ولا مكان ولا نوع ولا منفعة.

وعلى ذلك جاز للموصى أن يقيد انتفاع الموصى له بمنفعة دابة بركوبها فقط، والموصى له بمنفعة أرض بزراعتها نوعاً خاصاً من المزروعات، كما يجوز ذلك للمعير بالنسبة إلى المستعير، وللواقف بالنسبة إلى الموقوف عليه فيقيده بسكنى

(١) سورة النقرة ٣٩

الدار الموقوفة دون استغلالها أو بسكنائها بنفسه كما فى المدارس الموقوفة للسكنى والتعليم، ويلاحظ أن فى بعض هذه الأحكام خلافا مرده إلى أن الرضا بالأعلى يعد رضا بالأدنى وأن من ملك شيئا ملك أن يملكه غيره، فكان من نتيجة ذلك أن رأى بعض الفقهاء أن الرضا بالحمل على الدابة يعد رضا بركوبها، وأن تمليك الاستغلال يستلزم ملك الاستعمال، وهكذا. بينا يرى آخرون أن هذه تعد منافع متعددة متغايرة، ومن ملك منفعة لم يملك غيرها، وقد يكون للعرف مع هذا مدخل فى التقيد، لأن المعروف عرفا كالمشروط فى الاعتداد به.

وتقييد ملك المنفعة كما يكون عند إنشائه يكون بعد إنشائه فى بعض الحالات كما فى الإعارة، إذ للمعير أن يقيد المستعير بعد إنشائها؛ لأن ذلك يعد من قبيل العدول عن الإطلاق إلى التقيد، وله ذلك بناء على أن الإعارة غير لازمة، ولذا لم يكن له ذلك عند من يراها لازمة، كالمالكية، كما لا يكون ذلك لسواقف بعد إنشاء وقفه إلا إذا شرط لنفسه مثل هذا التغيير، ولا يكون فى الإجارة إلا باتفاق طرفيها، إذ إن ذلك يعد تعاقدًا جديدًا فسخ به التعاقد السابق.

ويلاحظ أن حقوق الارتفاق حقوق دائمة عند الحنفية، وعلى ذلك لا تقبل التقيد بالزمان، وإنما تقبل التقيد بالصفة عند إنشائها فقط، كأن يقيد حق المرور باجتيازه مشيا دون ركوب، وحق الشرب من كوة معينة.

ثانياً : أنه لا يقبل التوارث عند الحنفية فى جميع صورته وأحواله؛ لانتهاؤه بالموت عندهم، ويستثنى من ذلك ما لا ينتهى بالموت، كحقوق الارتفاق، إذ إنها تورث وتنتقل تبعاً لانتقال العقار المرتفق، مثل حق المرور والشرب والمسيل والعلو.

وخالفهم فى عدم قبول ملك المنفعة للتوارث جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة، فذهبوا إلى انتقالها بالوراثة عند موت مالكيها، لأنه لا ينتهى بالموت، وبناء على ذلك إذا كان ملك المنفعة مؤقتاً بمدة فتوفى المالك قبل انتهاءها انتقل إلى ورثته، وذلك كما فى الوصية، وكما فى الإجارة عند المالكية والشافعية والحنابلة، وكما فى الإعارة عند المالكية، وذلك للزوم العقد عندهم. ولا يفسخ العقد اللازم بموت أحد طرفيه إلا إذا تعلق بشخصه، كما فى إجارة الأجير على أن يعمل بنفسه، أما ملك العين فإنه ينتقل بالوراثة اتفاقاً.

ثالثاً - أن ملك المنفعة يستوجب حيازة العين التي تعلق بها عند ما يكون ذلك هو السبيل إلى استيفائه، كما في الإجارة والوصية بالمنافع، والإعارة عند من يرى أنها تمليك للمنافع، فإذا حازها مالك المنفعة وجب عليه صيانتها وحفظها، كما يصون ماله ويحفظه، فإذا قصر في ذلك أو تعدى على العين، فتلقت أو نقصت ضمن قيمتها أو نقصها، أما إذا تلقت عنده دون قصد أو تقصير فلا ضمان عليه في الإجارة والوصية، وكذلك في العارية عند الحنفية خلافاً للشافعية والحنابلة، إذ أوجبوا الضمان عند التلف مطلقاً على المستعير إلا أن يكون مستعيراً من أمين، كالمتأجر. أما المالكية فلهم في العارية تفصيل يفرق فيه بين ما يناب عليه فتعتبر يد المستعير عليه يد ضمان وبين ما لا يناب عليه فتعتبر يد المستعير عليه يد أمانة، فما يناب عليه فيه الضمان إلا إذا أقام بينة على أنه لم يكن له في تلفها يد، وما لا يناب عليه لا ضمان عليه فيه إلا بالتعدى أو التقصير.

وإذا حاز مالك المنفعة العين لاستيفاء حقه منها كان عليه نفقاتها إن كان انتفاعه بها بالمجان ما دام منتفعاً بها، لأن الغرم بالغنم، فإذا كانت العين حيواناً كان على المنتفع به علفه وما يلزم للمحافظة عليه، وإذا كان سيارة كان عليه أجر مقرها، وإن كان انتفاعه بها نظير عوض كان ذلك على مالك العين، وهذا عند الحنفية، وذهب المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن ذلك يكون على مالك العين عندما يكون انتفاع المنتفع بها نظير عوض، كما في الإجارة، أما إذا كان انتفاعه بها بالمجان فكذلك الحكم عندهم إذا كانت العين عادية، ويرى بعض المالكية فيها أن يكون ذلك على المستعير، لأن الغرم بالغنم، أما إذا كانت العين موصى بمنفعتها، فإن ذلك يكون على الموصى له عند الحنابلة لأنه المنتفع، ولا يلزم الورثة بشيء من ذلك، وعند الشافعية قولان. ويظهر لى أن الحكم كذلك عند المالكية إذ لم أجد نصاً^(١).

(١) نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٣٤، وكشاف القناع، ج ٢، ص ٣٠٩، ٣٣٨، ٥٢١، والشرح الكبير، وحاشية الدسوقي عليه في آخر العارية.

عناصر الملكية :

لرجال القانون عناية ببيان ما لصاحب حق الملكية من مكنات أو سلطات أو مزايا يستطيع مباشرتها أو التمتع بها في مجال انتفاعه بالشئ، محل هذا الحق، وقد كان تعريفهم لهذا الحق قائما على بيان هذه المزايا والمكنات التي أطلقوا عليها اسم عناصر الملكية، وقد بينا فيما سبق أن هذا الحق حق جامع، بمعنى أنه يخول صاحبه حق الحصول على جميع المزايا التي يمكن استفادتها من محله في حدود القانون، ويمكن رد هذه المزايا إلى ثلاثة عناصر جاء النص عليها في تعريف هذا الحق في المادة (٨٠٢) مدنى مصرى، والمادة (٧٦٨) سورى، والمادة (٨١١) لىيى، إذ جاء في هذه المواد : «المالك الشئ وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»، كما جاء ذكرها أيضا في المادة ١٠٤٨ عراقى، والمادة ١١ من مرشد الحيران مع ذكر المنفعة بدلا من الاستعمال. ويلاحظ أن التمييز أو التفرقة في المعنى بين هذه العناصر مما يدق، إذ يتناول بعضها ما يتناوله بعضها الآخر، فبعض ما يعد من قبيل الاستعمال ليس ثمة ما يمنع أن يعد من قبيل الاستغلال، كزراعة الأرض، فهي انتفاع أو استعمال إذا ما نظرنا إلى أنها عمل في الأرض وانتفاع بها في سبيل الزراعة، وهى استغلال إذا ما نظرنا إلى أنها طريق للحصول على ثمارها أو حاصلاتها، وقد تعد تصرفا في الأرض إذا ما نظرنا إلى أنها عمل في الأرض يغير من طبيعة سطحها وهكذا، ومن هنا لم يكن ذكر هذه الأمور الثلاثة إلا بقصد الدلالة على أن حق المالك مطلق في الانتفاع بالأرض في جميع مجالات الانتفاع ووجوهه في حدود القانون، فلا يمنع إلا من مزية أو مكنة حرمها القانون. وليس يراد أن ثبوت حق الملكية منوط بثبوت هذه العناصر جميعها، بل المراد أن ثبوتها يتحقق بثبوت التمكن من الحصول على جميع المزايا في حدود القانون، غير أنه يلاحظ مع هذا أن قوام حق الملكية إنما هو حق التصرف فلا ينفصل عنها، وفيما يلى بيان لما يراد بكل عنصر منها.

يراد بالاستعمال استخدام الشئ، واستخدامه يكون بالحصول على منفعته التي أعد لها أو أمكن استخدامه فيها، كاستعمال الحيوان أو السيارة للركوب أو للحمل، والثياب لللبس والدار للسكنى والأرض للزراعة، والكتاب للقراءة وهكذا.

ويراد بالاستغلال القيام بالأعمال التى يراد بها الحصول على ثمار الشئ المملوك ونتائج استخدامه، سواء أكانت ثمارا طبيعية أم متولدة منه، كنتاج الحيوان، وكلا الأرض، وأشجارها الطبيعية، أم كانت له باستحداث الإنسان وعمله، كالزراع والشجر، أم كانت نتيجة عمل قانونى، كالأجرة الناتجة عن إجارة، والثمار لا تتناول فى العرف القانونى منتجات الشئ المملوك، إذ يراد بالثمار على الجملة ما لا يترتب على أخذه انتقاص أصل الشئ المملوك. أما المنتجات فيراد بها ما ينتقص من أصل الشئ المملوك، كالأحجار تؤخذ من الأرض والأشجار تؤخذ من الغابة، وقد يعد الشجر ثمرة إذا ما أعدت الأرض وما عليها من الأشجار لهذا الغرض، وعلى أية حال فليس لهذه التفرقة أية ثمرة بالنسبة لما نحن فيه من بيان حق المالك فيما يملك.

ويراد بالتصرف هنا ما يتناول الأعمال المادية والأعمال القانونية، فالأعمال المادية هى التى يترتب عليها أثر حسى فى الشئ المملوك، كتغيير صورته أو إتلافه أو تجزئته وما أشبه ذلك بما يمس مادته وينالها، ولتعدد صورها واختلافها يرى أن منها ما يختلف بالاستعمال، فاتخاذ الأخشاب أبوابا يعد استعمالا لها وتصرفا فيها. والأعمال القانونية هى التى يترتب عليها أثر قانونى فى الشئ المملوك، كبيعه وهبته ورهنه، مما يترتب عليه نقل ملكيته أو تحميله بحق عينى. ويلاحظ أن العمل المادى يرد على ذات الشئ المملوك ومادته، أما العمل القانونى فيرد على حق المالك، إذ هو تصرف قانونى فى الحق يترتب عليه نقله إلى مالك آخر أو تحميله بحق لغير مالكة.

وعلى ذلك يرى أن سلطة التصرف المادى فى المملوك تعتبر عنصرا جوهريا لحق الملكية يتميز به عن غيره من الحقوق العينية الأخرى، إذ إنها وإن أولت صاحبها أن يفيد من شئ مملوك لغيره على صورة مختلفة باختلاف هذه الحقوق نجد أن صاحبها مطالب بالمحافظة على مادة الشئ ورده إلى مالكة بعد انتهاء حقه، ومع ذلك يرى أن إفادته منه أضييق دائرة من إفادة صاحبه، وذلك بما لصاحبه من حق جامع لجميع أنواع المزاي والتصرف. وإن لوحظ أن حقه هذا قد يتقيد بما يقرر لغيره من حقوق على ما يملك، فوجود حق انتفاع لشخص على شئ مملوك لغيره يمنع مالكة من أن يتصرف فيه تصرفا ماديا طيلة مدة الانتفاع م ٢/٩٩٤ مدنى

مصرى، كما يمنعه من أن يترتب عليه حق انتفاع لشخص آخر خلال هذه المدة، ووجود حق ارتفاق على عقار يمنع صاحبه من أن يعمل فيه ما يؤدى إلى انتقاص فى استعمال هذا الحق أو إرهاب صاحبه عند استعماله بما لم يكن يتعرض له من قبل م ٢٣٠/١ مدنى مصرى، وهكذا مما تكفلت بيانه القوانين من القيود^(١) وينبنى على ما للمالك هذا الحق من ولاية مطلقة أن محل هذا الحق لا يمكن أن يكون مملوكا كله لعدة أشخاص، فيكون لكل منهم حق ملكيته، إذ تعدد هذا الحق فيه يستوجب تعارض هذه الحقوق وتمانعها، وليس يستقيم ذلك إلا بأن يقيد بعضها بعضا، وذلك ما يتنافى مع حقيقتها.

وفقهاء الإسلام لم يعنوا بذكر هذه العناصر الثلاثة جميعها فى تعريفهم للملك، فالمقدسى فى حاويه لم يذكر واحدا منها فى تعريفه، بل اقتصر فيه على أنه الاختصاص الحاجز، والكمال بن الهمام اقتصر على ذكر عنصر التصرف مكتفيا به عن ذكر العنصرين الآخرين، فعرفه بأنه قدرة شرعية على التصرف. وجاء فى تعريف لغيرهما ذكر الانتفاع والمعاوضة، وليس يبعد أن يكون قد استغنى بالنص على الانتفاع عن ذكر الاستغلال؛ لأنه ضرب من الانتفاع، فكان من مدلول اللفظ كما يرى أن من مدلوله أيضا تصرف المالك فى ملكه تصرفا ماديا لأنه حين يتصرف فيه هذا التصرف ينتفع به، فالتصرف المادى إنما يكون فى مجال الانتفاع بالشئ، فكان ضربا من الانتفاع، وليس يضير أن يكون الانتفاع بهذا المعنى الواسع الشامل متناولا أيضا التصرف القانونى إذ لا يباشره المالك إلا لتحقيق منفعة له، وعلى هذا يكون فى النص على الانتفاع غناء عن ذكر غيره، كما يمكن أن يقال إن فى النص على التصرف وحده، كما هو فى تعريف الكمال، غناء عن ذكر عنصرى الاستعمال والاستغلال، لأن من له التصرف له أن ينتفع وأن يستغل، ولا يمنع من الانتفاع والاستغلال شرعا إلا حيث يمنع من التصرف بسبب ثبوت حق لغيره، فالراهن ممنوع من الانتفاع بملكه ومن استغلاله إلا بواسطة المرتهن محافظة على ماله من حق الحبس واليد.

(١) الملكية، للدكتور الصدة.

وعلى أية حال فليس فى إغفال فقهاء الشريعة لذكر هذه العناصر فى تعريف الملك دلالة على أنهم لا يرونها مظهر الملك فى الخارج، وأن بها قيامه فليس لذلك فى الفقهاء قيام إلا بها، وإذا كان الفقه الغربى فقها واقعيا فى نظره فلا يرى حق الملكية إلا فى واقعه، حيث يتمثل فى هذه العناصر الثلاثة فى الخارج، فإن الفقه الإسلامى حين يرى الفقه حكما شرعيا أو قدرة شرعية يمنحها الشارع للشخص فإنه يجعلها أساسا وسببا لما هو واقع فى الخارج من ثبوت هذه العناصر لصاحبها، فيجعلها مسببة عنه وأثرا لازما له، بحيث يكون وجود أحدهما لازما لوجود الآخر، فلا ينفكان ولا ينفصلان أحدهما عن الآخر، غير أن الوضع فى الفقه الغربى يخالف عنه فى الفقه الإسلامى، فالفقه الغربى حين يعرض للملك إنما يعرض له ممثلا فى حق الملكية الذى يتعلق بالعين المينة على صورة شاملة، وذلك ما يتحقق فى الملك التام عند فقهاء الشريعة. أما الفقه الإسلامى فحين يعرض للملك يعرض له بصورة عامة مختلفة الصور والأوضاع على ما بينا من قبل، فمنه الملك التام الذى يتعلق بالعين ومنفعتها جميعا، ومنه الملك الناقص الذى يتعلق بالعين وحدها أو بالمنفعة وحدها، ويتناول الملك الذى يتعلق بالحقوق على ما سبق بيانه، ومن ثم كان مظهر الملك فى الخارج مختلفا بحسب متعلقه بالنظر إلى ثبوت حق الانتفاع وحق الاستغلال وحق التصرف اختلافا تتسع مسافته ما بين صورته وتضييق على حسب ما تعلق به من عين أو منفعة أو حق. فقد علمت أن من الحقوق المملوكة ما لا يقبل التصرف لا بالإسقاط ولا بالتملك كالأستحقاق فى الوقف، ومنها ما يقبل الإسقاط ولا يقبل التملك، كحق الشفعة، ومنها ما يقبلهما كحق التعلق، وأن منها ما لا يقبل الاستغلال ويقتصر الانتفاع به على مجرد الاستعمال، كحق المرور، ومن هذا لم يكن ثبوت العناصر الثلاثة أمرا لازما لثبوت الملك، بل يكفى لثبوته شرعا كما قدمنا أن يكون هناك اختصاص بصاحب له على وضع يمنع غيره من التدخل فيه، كما بينا من قبل، ومن هذا يرى أن الملك فى الشريعة أعم منه فى الفقه الغربى، وكان ذلك أساس اختلافهما إلى عناصره، إذ كان التصرف عنصرا جوهريا لازما بالنسبة لحق الملكية، ولم يكن كذلك بالنسبة لما يسمى ملكا فى الفقه الإسلامى.

١١ - حمايتها :

أساس الملكية كما قدمنا هو الاختصاص، وليس لها وجود ولا بقاء إلا بوجوده وبقائه، وذلك ما استوجب صيانتها وحمايتها، وعناية المشترعين بتلك الحماية وتنظيمها وبيان وسائلها منذ كان لها وجود يقره الناس ويرونه دعامة من أهم دعائم حياتهم ومعاشهم، وقد جاء الإسلام فأقر للملكية ما تتطلبه من حماية وصيانة، وأعلن الرسول (ﷺ) ذلك فى أعظم مجتمع إنسانى وجد فى زمنه (ﷺ)، وهو مجتمع المسلمين يوم عرفات فى حجته صلوات الله عليه إذ خاطبهم بقوله :

«إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا، ألا هل بلغت اللهم اشهد»^(١). فكانت صيانة المال وحمايته كصيانة النفس فى حرمة الاعتداء عليهما، هذا إلى قوله (ﷺ) : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله»^(٢)، وقوله : «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه»^(٣)، وقوله : «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» وهذا إلى ما شرعه الله من أحكام للحفاظ عليها وصيانتها من العدوان عليها، كحد السارق والنهى عن أكل المال بالباطل فقد قال تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾.

وقال : ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم﴾ وقد أقر القانون المصرى هذه الحماية فى مادة ٨٠٥ مدنى، إذ نص فيها على أنه لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل، وهو نص المادة (١٠٥٠) مدنى عراقى والمادة (٧٧٢) مدنى سورى. وذلك ليس إلا نتيجة لما أقرته الدساتير فى البلاد العربية إذ نص فيها على

(١) صحيح مسلم، ج ٢، ص ٥٣٤.

(٢) صحيح مسلم، ج ١، ص ٣٤.

(٣) صحيح مسلم، ج ٤، ص ١٨.

أن الملكية مصونة ولا يتزع ملك أحد أو ماله إلا لأجل النفع العام فى الأحوال وبالطريقة التى يعينها القانون وفى نظير تعويض عادل، وليس فى أخذ الملك للمنفعة العامة مخالفة لما شرعه الشارع الإسلامى، فإن ما أعطى للمالك من حق فى حماية ملكه وعدم المساس به إنما هو حق مقيد، كغيره من الحقوق التى منحها الشارع للناس مقيدة بعدم الضرر، وذلك لقوله (ﷺ) : «لا ضرر ولا ضرار»، ولقد أمر رسول الله (ﷺ) بقلع نخل سمرة بن جندب دون مراعاة لحقه فى حمايته حين اتخذ ملكيته له وسيلة إلى الإضرار بصاحب البستان الذى كان يقوم فيه هذا النخل، إذ أكثر من دخول هذا البستان بحجة نظر نخله، فكان فى ذلك ضرر غير محتمل بصاحب البستان وأهله، وأبى أن يمنع هذا الضرر ببيع النخل أو هبته لصاحب البستان فلم يكن بد من أن يأمر رسول الله (ﷺ) صاحب البستان بقلعه دون مراعاة للملك هذا النخل من حق الحماية، وعلى هذا الأساس جاز نزاع الملك الخاص للمصلحة العامة جبراً عن صاحبه إذا امتنع عن بيعه للمصلحة العامة عتاً إذ إن امتناعه فى هذه الحال يكون ظلماً وإنما لا يقر عليه.

ولقد ضاق المسجد الحرام على الناس فى زمن عمر رضى الله عنه، وكانت دور الناس محدقة به من كل جانب ما عدا فتحات يدخل الناس منها إلى المسجد فساوم أصحابها فى شرائها فرضى منهم أناس اشترى دورهم وأدخلها المسجد وأبى عليه ذلك أصحاب الدور الأخرى فأخذها منهم جبراً، ووضع قيمتها بخزانة الكعبة فظلت بها إلى أن أخذها أصحابها. وحدث ذلك مرة أخرى فى زمن عثمان رضى الله عنه ففعل كما فعل عمر، ومن هذا يتبين أن لولى الأمر الحق فى أن يأخذ الأموال من أصحابها إذا ما دعت إلى ذلك مصلحة عامة لا سبيل إلى تحقيقها إلا بذلك، وإنما يأخذها بقيمتها إلا أن تدعو الضرورة إلى فرض ضريبة يأخذها من القادرين عليها، فعند ذلك يأخذها ضريبة من غير عوض.

وبناء على ذلك إذا ما نزلت نازلة مباحقة أو حلت بالمسلمين كارثة، ولم يمكن دفع ذلك إلا بأموال تؤخذ من أرباب الثراء جاز لولى الأمر حينئذ أخذها بلا عوض، فريضة مفروضة عليهم ما دام لا يوجد فى بيت المال ما يقوم بدفع ذلك عن المسلمين، ولقد حمى عمر رضى الله عنه أرضاً بالربذة فجعلها خاصة برعى إبل الصدقة، فقال له أهلها : يا أمير المؤمنين إنها بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية

وأسلمنا عليها فعلام تحميها، فقال لهم عمر : «المال مال الله والله لولا ما أحمل عليه فى سبيل الله ما حميت شبرا فى شبر».

ومما لا شك فيه أن احتباس المال لدى فئة خاصة من فئات الأمة يتداول فيما بينها دون غيرهم من طوائف الأمة أمر يكرهه الشارع الإسلامى ولا يقره، ومما يدل على ذلك أن الله سبحانه وتعالى حين أمر بقسمة ما يفيئه من الأموال على رسول الله (ﷺ) من أهل القرى بين أرباب الحاجات من ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، جعل سبب ذلك وحكمته ألا يكون المال دولة بين الأغنياء، فقد قال فى سورة الحشر : «**ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم**»، وروى عن أبى سعيد الخدرى أنه قال: «كنا فى سفر فقال النبى (ﷺ) : من كان معه فضل زاد فليعد به على من لا زاد له، ومن كان له فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له»، وأخذ يعدد أصناف الأموال حتى ظننا أن ليس لنا من أموالنا إلا ما يكفيننا.

من هذا يرى أن لولى الأمر حق التدخل فى الأملاك والأموال بما يرفع الضرر ويدفع البوار عن الأمة حيث المصلحة العامة إلى ذلك، وذلك قد يكون بأخذ المسال للمنافع العامة بعوضه، وقد يكون بغير عوض حسب ما تقضى به الضرورة ما يجوز أن يكون تدخل فيها بتحديد الملكية، فيحدد لها حدا يحظر على الناس تجاوزه إذا ما غلت طائفة من الناس فى ذلك غلوا جعلت من المال احتكارا حال دون أن يجد منه غيرهم ما يقوم بحاجتهم ومعايشهم، ذلك لأن الإكثار من المال والغلو فى جمعه أمر مباح يجوز منعه إذا ما ترتب عليه ضرر عام، كما يكون له عند الضرورة القاضية أن يحدد أثمان الحاجيات وأجور بعض العاملين وأن يوجه النشاط الاقتصادى فى الصناعة والتجارة التوجيه الذى يحقق للأمة قوتها، ويوفر لها حاجتها ويحفظ عليها وجودها وعزتها، كما كان له عند إساءة التصرف فى الأموال أن يحسج على السفهاء من أصحابها صيانة لأموالهم وحفاظا على عينهم وكرامتهم.

١٢ - قيودها :

من الأصول المقررة فى الشريعة الإسلامية أن مصدر الحقوق كلها شريعة الله سبحانه وتعالى ، فإنه سبحانه وتعالى هو الذى منحها أو أقرها ، وهو الذى أوجب حمايتها وشرع لها الوسائل التى تؤدى إلى هذه الحماية ، كما أنه بين طرائق استعمالها ووجوه الانتفاع بها على الوجه الذى يحقق المقاصد والغايات من شرعها ، وهى مقاصد وغايات أريد بها صلاح المجتمع وصلاح أفراده على وضع يجعل صلاح الفرد أساسا لصلاح المجتمع ووسيلة إليه دون تعارض وتنافر بين المصلحتين ، وذلك بتقديم صلاح المجتمع على صلاح الفرد .

ولم يكن تقرير الحقوق فى الشريعة الإسلامية إلا نتيجة لازمة لما صدر عن الشارع من أوامر ونواهٍ أريد بها أن يحذر الناس ما للهوى ونزعات النفس الأمارة بالسوء من سلطان ، وأن تكون تصرفاتهم فى حدود تلك الأوامر والنواهى مقيدة بما تضمنته من قيود ، ملتزمين الوقوف عندها وعدم التفريط فى أمرها حتى لا يستحق عليهم ما وضع لمخالفتها من عقاب وجزاء ، ذلك بأن الشريعة الإسلامية فيما يرى ليست إلا مجموعة من الأوامر والنواهى التى جاء بها خطاب الله لعباده ، وبمقتضاها ترتبت الحقوق والواجبات ، الواجبات على من أمر أو نهى ، والحقوق لمن صدر من أجله أو لمصلحته ذلك الأمر أو النهى ، وإنه لمن المحال على الله أن يشرع للناس ما يضرهم ، فقد قال تعالى : ﴿ ما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾ ، وقال : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ ، وقال : ﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ﴾ ، وقال رسول الله (ﷺ) : « لا ضرر ولا ضرار » . وذلك ما فيه الدلالة البينة على أن ما جاءت به الشريعة الإسلامية من حقوق وأحكام مقيد بعدم الضرر ، وعلى ذلك فلا يجوز أن تتخذ الحقوق وسيلة إلى الإضرار بالناس ، بل يجب أن يكون استعمالها مقيدا بعدم الإضرار بالجماعة أو بالفرد ، وبألا يؤدى ذلك إلى الإضرار بصاحبها ضررا فاحشا يسلبه حقه ، فإذا تعارض الضرران ارتكب الأخف منهما ؛ درأ للأشد من الضررين ، ومن ذلك يجب ألا تجعل أداة للتسلط على الناس ، ووسيلة إلى سلبهم حرياتهم وحرمانهم من ثمرات أعمالهم ، وإلى قسمتهم طبقات يظلم بعضها بعضا ، وليست الملكية إلا

حقاً من تلك الحقوق التي منحها الله الناس ، فكانت خاضعة لهذا الأصل شأنها شأن الحقوق الأخرى .

وإذا لاحظنا ما قدمناه من بيان كاشف عما انتهى إليه النظر في الملكية، وأنها حين تعد ميزة وحقاً لصاحبها تعد كذلك وظيفة اجتماعية، بينا أن هذه الصفة الأخيرة تقتضى أن تقيد بما يكفل لها تحقيق الغرض منها فى هذه الناحية على ألا تطغى مراعاتها على الناحية الأخرى .

وقد كانت قيودها إلى زمن قريب لا تحد إلا من السلطات والمزايا التي تخولها لصاحبها، سواء أكان ذلك نتيجة لمراعاة الصالح العام أم لمراعاة مصلحة خاصة جديرة بالعناية، ولكن رؤى أخيراً فى بعض التشريعات العربية الوضعية تجاوز ذلك إلى الحد من مكنات المالك فى اكتساب الملكية حين طغى حب بعض الناس فى تملك الأراضى الزراعية إلى غير حدود على مصالح غيرهم، وأضر بنظام المجتمع وأمنه وسلامه، وأدى إلى خروج هذه الملكية عن حدود وظيفتها الاجتماعية، ففقد تملك الناس لها فى بعض البلاد العربية بالألا يتجاوز قدراً معيناً من الأرض، وصدرت بهذه القيود قوانين فى الجمهورية العربية المتحدة وفى الجمهورية السورية وفى الجمهورية العراقية ، كما صدرت قوانين أخرى فى بعضها بمنع الأجانب من أن يملكوا جديداً من الأراضى الزراعية إلا فى حالات استثنائية، ولم يحدث فى المحيط الإسلامى فى العهد الماضى ما دعا الفقهاء إلى النظر فى مثل هذا التقييد ووضع حدود لذلك، استناداً إلى الضرورة أو الحاجة وعملاً بالمصالح المرسله إلا ما كان من نظر كثير منهم فى منع احتكار الأطعمة وما يشبهها، فظل الأمر على ما كان عليه منذ ظهرت الشريعة الإسلامية لا حدود لما يملكه الإنسان من مال أيا كان نوعه، ولا خطر على أجنب أن يملكوا من الأرض ما شاءوا .

وليس فى الشريعة الإسلامية ما يحول دون وضع هذه الحدود متى تحققت الضرورة أو الحاجة الملحة إلى وضعها، ولم يستقم أمر الناس إلا عليها، فإن التملك ليس إلا مكنة أو إباحة شرعها الله للناس فى حدود ما بيناه، فلا يجوز أن تكون سبيلاً إلى الضرر الفاحش الذى يطغى على ما للناس من حقوق، ولا يصح أن تكون حيازة المال واستثماره فى غير ما تتطلبه حاجة صاحبه وحاجة المجتمع الملحة التى يجب على الناس سدها وجوباً كفايياً يجعل لولى الأمر عند التقصير فى

الأداء حق الهيمنة والتدخل بالإرشاد والتوجيه والإلزام، ومن المقرر شرعا أن على ولى الأمر أن يستجيب إلى داعى المصلحة العامة، فيحرم على الناس من المباحات ما يرى أن فى الإبقاء على إباحته ضررا بالمجتمع، ويوجب على الناس منها ما يرى أن إيجابه دفع مفسدة أو جلب مصلحة المجتمع.

لقد حدث فى عهد عمر رضى الله عنه أن قلت اللحوم حتى أصبحت لا تكفى أهل المدينة جميعا، فاقضت المصلحة أن يمنع الناس من أكل اللحوم يومين متوالين من كل أسبوع إلى أن يكثر اللحم ويتوافر، فعمد إلى تحريم أكلها فى يومين.

وقام على تنفيذ ذلك ومراقبته بنفسه، فكان يأتى مجزرة الزبير بن العوام بالبقيع ولم يكن بالمدينة سواها، فلإن رأى من خرج عن هذا المنع ضربه بالدرة قائلا: هلا طويت بطنك يومين. وقرر الفقهاء بناء على المصلحة أن يمنع احتكار الطعام حتى لا يتخذ ذلك وسيلة وسببا لارتفاع ثمنه فينال الناس بذلك ضرر عظيم، فأوجبوا أن يباع على المحتكر ما احتكره، وكذلك قرروا عدم مزاوله بعض الصناعات والحرف حيث تكون مزاولتها ضارة بالناس فمنعوا الحداد من أن ينشئ محل حدادته حيث يباع الحرير فى سوقه، وهكذا.

والقيود فى هذا الصدد نوعان : قيود فى حق التملك فحدد بها مقدار ما يملك، وقيود فى سلطان المالك وولايته فحددت بها طرق الانتفاع، وليس يوجد فى الشريعة الإسلامية قيود من النوع الأول، إذ لم تدع داعية إلى وضع مثل هذه القيود فيما سلف من الزمن، كما ذكرنا. ولذا لا يوجد هذا النوع إلا فى التشريع الوضعى. أما ما قيد به سلطان المالك ووسائله فى الانتفاع بملكه فهو كثير عديد فى الشرعين، وذلك ما سنعرض له إجمالا فى دراستنا هذه مع مقارنته بما هو مشروع فى الشرائع الوضعية المطبقة فى البلاد العربية، تاركين تفصيل ذلك للدراسة الخاصة بهذا الموضوع، إذ إن دراستنا تقوم على دراسة نظرية الملكية وأسسها.

النوع الأول من القيود :

ليس لما يملكه الإنسان حدود تحدده وتقدره فى الشريعة الإسلامية، فلإنسان أن يملك من المال ما يستطيع أن يملكه بوسائل ملكه المشروعة دون حد مقدر فى ذلك ما له الخيرة فيه إن شاء فعله، وإن شاء تركه، وذلك دون مساءلة عليه فى ذلك، مع ملاحظة أن تملك ما يدفع عن الإنسان الهلاك من الطعام ونحوه إذا ما تعين ذلك طريقا إليه أمر واجب؛ لأنه وسيلة إلى واجب هو حفظ النفس، وما تعين طريقا للقيام بالواجب واجب، والقيود من هذا النوع موجودة فى الشرائع الوضعية فى بعض البلاد العربية، وهى خاصة بملكية الأراضى الزراعية، وهى نوعان : نوع يقتضى حظر الملك، وذلك ما يتعلق بالأجانب إذ حظر عليهم فى بعض البلاد العربية تملك أرض زراعية فيها، بل عمدت الجمهورية العربية إلى تملك ما ملكوه فيها فيما مضى من الزمن نظير تعويض أعطى لهم، ونوع يقتضى تحديد ما يملك منها، وليس من دراستنا دراسة هذه القيود لأنها دراسة قانونية محضة محلها دراسة القانون لا دراسة الشريعة، وإنما الذى يعيننا هنا هو أن نذكر أن الملكية ومقدار ما يملك من الأموال من قبيل ما أبيح للناس، وأن لولى الأمر فى دائرته المباح أن يوجب على الناس منه ما تستوجب مصلحتهم العامة إيجابه عليهم؛ لدفع ضرر عنهم وجلب منفعة لهم، وأن يحظر عليهم منه ما تقتضى مصلحتهم العامة حظره عليهم، دفعا لضرره عنهم، وإذا فعل ذلك كانت طاعته فيما أوجب من ذلك، وفيما نهى عنه واجبة ظاهرا وباطنا، وقد نص كثير من الفقهاء على أن للإمام أن يحرم بعض المباح إذا ما رأى أن فعله يترتب عليه ضرر بالمجتمع، وأن يوجب بعضه إذا ما اقتضت مصلحة عامة إيجابه عليهم، وقد أشار إلى ذلك الحصكفى فى شرحه الدر المختار على متن التنوير، وإليه ذهب بعض محققى الشافعية، كما جاء ذلك فى تفسير الآلوسى، ج ٥، ص ٦٦ وذلك لوجوب طاعة الإمام فى أمره ونهيه، لقوله تعالى فى سورة النساء ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، إذ المراد بأولى الأمر الأمراء والولاة، وهذا مروى عن ابن عباس وأبى هريرة، ويقول الطبرى : إن هذا رأى هو أولى الأقوال بالصواب، لكثرة ما ورد عن رسول الله (ﷺ) من إيجاب

طاعتهم إلا فى معصية، وهذا الأمر يتناول ما يأمر به من إيجاب مباح، أو تحريمه لمصلحة عامة تقتضى ذلك.

ولقد روى من أعمال الخلفاء الراشدين ما يؤيد ذلك، فقد منع عمر رضى الله عنه الناس من أكل اللحوم يومين متوالين فى كل أسبوع، لقلّة فى اللحوم رآها عند ذلك، وحمل عثمان الناس على قراءة القرآن على حرف واحد من لغة قريش حين خاف خلاف الناس وفتنتهم، وحض عمر على عدم تزوج الكتائيات؛ خشية الإعراض عن زواج المسلمات وتأثيرهن فى أولادهن، وعلى ذلك فليس ما يمنع شرعاً من تحديد مقدار ما يملك من الأموال إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا شك أن تحديد ما فى مقدارها، كتحديد ما فى آثارها، بل ربما كان تحديد ما فى آثارها أقرب قبولا؛ لأن تحديد الآثار يستلزم أن تسلب الأسباب أو العلل بعض آثارها ونتائجها، وذلك ما لا يتفق مع سببها.

وأما ما ذهب إليه بعض البلاد العربية من منع الأجانب أن يملكوا من أراضيها الزراعية شيئاً، فذلك ما يتسق مع ما للحربى، والمستأمن من عدم إقرارهما على البقاء فى ديارنا^(١)، إلا أن يتحولوا ذميين، فيكون لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، وإذا لم يكن للأجنبى أن يقيم فى ديار المسلمين إلا بعهد مؤقت لم يكن من المقبول أن يملك عقاراً يستمر تملكه له، لأنه إن خرج حرياً كان ماله فيئاً للمسلمين، وكان منعهم من التملك متسقاً مع أحكامه، وعلى هذا فليس ما يمنع شرعاً من حظر تملك الأراضى الزراعية فى البلاد الإسلامية على الأجانب، بل ربما كان ذلك هو الأقرب لتحقيق ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية؛ قصداً إلى المحافظة على سلامة الدولة واستئثار أهلها بثرواتها القومية.

(١) وقد جاء فى الخراج لأبى يوسف، ص ٢٤١: ولا ينبغي للإمام أن يترك أحداً من أهل الحرب يدخل بأمان فى دار الإسلام أو يترك رسولا من ملكهم يخرج شيئاً من الرقيق أو السلاح أو بما يكون قوة لهم على المسلمين، فأما الثياب والمتاع فهذا وما أشبهه لا يمنعون منه... إلى أن قال: فإن أقام هذا المستأمن فأطال القيام أمر بالخروج، فإن أقام بعد ذلك حولا وضعت عليه الجزية، أى وكان ذمياً وعند ذلك يمنع من العودة إلى دار الحرب

النوع الثاني من القيود :

بينما فيما سبق أن الملكية ليست إلا حقاً من الحقوق التي منحها الشارع فكانت كغيرها من الحقوق مقيدة بعدم الضرر البين الفاحش مشروعة لمصلحة المجتمع، وذلك ما يدل عليه تتبع الأحكام الشرعية بعد استقراءها وما ورد فيها من النصوص، وما تضمنته تلك النصوص من بيان يكشف من الحكمة في تشريعها والأهداف التي قصدت منه، وبناء على ذلك كان شرع الملكية مقيدا لها بقيود عديدة تختلف باختلاف موضوعاتها وطرائق الانتفاع بها، وكانت الملكية مقيدة بهذه القيود حقاً لصاحبها، له منفعتها ومزاياها، ولم تكن غيرها حقاً له، وكان انتفاعه بها مطلقة غير مقيدة بها بما قيدت به تعدياً منه، واستعمالاً لغير ما يملكه وما ليس له، وكان بسبب ذلك مسئولاً عما يلحق غيره من ضرر بناء على ذلك.

وهذا النوع من القيود ينقسم قسمين : قيود تقررها الشريعة أو القانون، وقيود إرادية تفرضها إرادة ذوى الشأن بما لها من سلطان.

والقسم الأول من هذه القيود يعد عنصراً جوهرياً يحدد وضع حق الملكية الذي للمالك أو حدود استعماله، فكان بمثابة المعيار لما يملك منه، وكان حق المالك غير متجاوز هذه الحدود.

أما القسم الثاني من هذه القيود فتحده إرادة ذوى الشأن بما تمليه من شروط تدفع إليها بواعث خاصة اقتضت وضع حق الملكية في نطاق معين، ولذا كان من الواجب مراعاة هذه البواعث وما تدل عليه هذه الشروط، ويخضع هذا النوع لما تخضع له القيود الناقلة للملكية من قواعد وما يشترط من شروط؛ لأنها ضروب من الالتزام فتخضع لقواعد الالتزام، ولذا فلسنا نعرض لها فيما يأتي إلا في إجمال.

وبالنسبة إلى القيود من القسم الأول نرى أن القوانين في البلاد العربية قد نصت على تلك القيود؛ وأن منها قيوداً تتعلق بالمصلحة العامة، وأخرى تتعلق بالمصلحة الخاصة، والأولى كثيرة متنوعة تضمنتها قوانين خاصة تعددت بحسب اختلاف موضوعاتها والأغراض المقصودة منها، إذ إن منها ما قرر مراعاة لمصلحة الأمن أو لمصلحة الصحة العامة، كإيجاب تسليم السلاح في ظروف معينة إلى

الشرطة، وكالشروط التى نصت عليها التشريعات المتعلقة بالمحال الصناعية أو التجارية أو المقلقة للراحة، ووسائل النقل العامة، وما إلى ذلك. ومنها ما قرر لمصلحة الزراعة وسلامتها، كالشروط الواجب توافرها فى إنشاء المصارف والمراوى الخاصة، وفى إقامة آلات الرى على شواطئ الترع، والشروط المتعلقة بتحديد نوبات الرى وتحديد أنواع المزروعات، والمتعلقة بالأعمال الواقية من الفيضان وغير ذلك.

والقسم الثانى من هذا النوع منه ما قرر مراعاة للجوار وبعض حالات الارتفاق، ومنه ما قرر لأغراض أخرى، ولم تكن مراعاة المصلحة الخاصة وحدها أساس تقرير هذا النوع من القيود، بل كانت مراعاة صالح الجميع فى هذا أساسا فى ذلك أيضا، إذ كانت المصلحة العامة هى التى أملت على الشارع مراعاة المصلحة الخاصة فى هذا النوع.

وإذ تبينا فيما مضى أن أساس تقييد الملكية فى الشريعة الإسلامية هو الاستجابة لداعى المصلحة العامة والعمل على تحقيقها ومنع الضرر عن الناس وتوفير سلامة المجتمع، فليس يرى فيما قرره القوانين على اختلافها من قيود متعددة على الملكية فى مجالاتها ومحالها المختلفة، مما لم يرد له ذكر فى الشريعة الإسلامية خروج عليها ولا مخالفة لأصولها، وإنما يعد ذلك نتيجة لاختلاف الأزمنة، وتطور مجالات العيش وأسبابه، وتقدم الصناعة والعلوم والفنون، وتنوع العمل وتعدد طرقه مما لم يكن له مثل فى العصور الماضية.

ولما كانت هذه القيود قد قررت بقوانين وضعية متعددة ومختلفة بحسب اختلاف البلاد العربية واختلاف بيئاتها، فإن دراسة هذه القيود تعد دراسة قانونية من صميم الدراسة القانونية التى لسا بصدد دراستها، ولذا فإن دراستنا ستقتصر على دراسة ما جاء فى الشريعة الإسلامية من هذه القيود مقارنة بمثلها فى القوانين العربية، وإن كانت تلك القيود تناولتها الأسس العامة الشرعية لتقييد الملكية بما تقتضيه المصلحة العامة للمجتمع.

والقيود من هذا النوع فى الشريعة الإسلامية منها قيود ترجع إلى ذات الحق، فيظهر أثرها فى تحديد طرائق استعماله وتعيين ضروب الانتفاع به، كما فى الطريق الخاص أو المروى الخاص يكون لغير صاحبه أن يمر منه أو يروى منه،

فليس لمالكهما أن ينتفع بأرضهما في زراعتها أو بالبناء عليها، ومنها قيود لا ترجع إلى ذات الحق ولكن ترجع إلى استعماله والانتفاع به، فيظهر أثرها في حال دون حال، كأرض يملكها صاحبها وسط المساكن فإن له أن ينتفع بها كما يشاء، على ألا يسلك في الانتفاع بها سبيلا يضر غيره، كأن يتخذها مصنعا للحديد أو للفحم فيؤذى الجيران بما ينبعث منه من الدخان ليلا ونهارا، وبما يسمع من طرق يمنع الهدوء والسكون والنوم، أو أن يقيم على حد من حدودها جدارا لا غرض له من إقامته إلا الإضرار بجاره يسد عليه نوافذه ويمنع عنه ضوءها ونحو ذلك من ضروب الاستعمال التي لا يقصد منها إلا الضرر.

وعلى هذا الأساس يتضح الفرق بين سوء استعمال الحق والتعسف فيه، وبين تجاوز حدوده الشرعية في استعماله، وهو تمييز له أثره في النتائج والآثار المترتبة على كل منهما، ذلك لأن تجاوز الحدود الشرعية للحق يخرج عنه أن يكون حقا، ولا يعد ذلك إلا اعتداء واستعمالا لما ليس حقا. أما التعسف في استعمال الحق فإنه لا يخرج الحق عن أن يكون حقا وإن عد مخالفة لأمر عام يتناول نطاقه استعمال الحقوق وغيرها، وهذا ما يعرف بنظرية سوء استعمال الحق أو التعسف في استعماله، وهي إنما تكون عندما يكون الحق مشروعاً واستعمل استعمالاً لم يمنع منه إلا عارض أجنبي عنه محظور، عرض لهذا الاستعمال فجعله محظورا، ولولا هذا العارض كان استعماله جائزا مشروعاً، وذلك كالانتفاع بالأرض المملوكة في إقامة جدار على حافتها سائر لها، فإنه استعمال مشروع ويعد ثمرة من ثمرات امتلاكها، ولكن إذا صاحب ذلك إرادة مالكها في إقامته بقصد الإضرار بغيره دون أن يكون له مبرر في إقامته كان ذلك من قبيل التعسف في استعمال الحق، وكذلك إذا كان لإنسان أرض كان من ثمرات تملكها أن يكون الانتفاع بها مقصورا عليه، فإذا منع جاره عند حاجته من إمرار الماء فيها ليروي أرضه كان ذلك في ذاته استعمالاً مشروعاً، ولكن إذا صاحب ذلك أن ليس لأرض جاره طريق لديها إلا ذلك وإن شق مروي في أرضه لذلك الغرض لا يضر به بل ربما نفعه كان منعه من ذلك تعسفاً في استعمال حقه، إذ أضر بغيره دون أن يكون له من وراء ذلك منفعة أو دفع مضرة.

أما تجاوز حدود الحق فإنما يكون إذا كان الانتفاع المطلوب منه انتفاعا محظورا في جميع حالاته، نظرا لوضع ذلك الحق، كما هو الحال فيما ذكرناه في الطريق الخاص

وهذا التمييز وإن بدا سليما واضحا، إلا أنه قد يبدو قاصرا عند التطبيق في كثير من الأحوال التي يدق التمييز بين ما يعد قيذا في الحق ذاته وما يعد قيذا في استعماله، من ناحية أن المفيد في الاستعمال قد لا يعدم النظر إليه على أنه قيد في الحق، ومن هنا جاء الخلاف في كثير من مسائل الخروج عن القيود التي جاءت بها الشريعة بالنظر إلى ما رتب عليها من أحكام، وإن عد الخروج عن القيود بنوعيتها مخالفة وعصيانا.

ولدقة التطبيق وعدم وضوح الفرق بين الحالين بسبب أن الفقهاء لم يعنوا ببيان نظرية التعسف العناية التي تقوم على أفرادها بالشرح والتفصيل والنظر فيها، كموضوع مستقل تبحث فيه جميع قواعد وأسانيدها وشروطها ومجالاتها ومعاييرها وطرائق تطبيقها وما يترتب على المخالفة فيها من آثار وأحكام، فإنه من المفيد أن نبدأ بعرضها عرضا عاما مناسبا للموضوع ومستمدا من الفروع والمسائل التي عرض لها الفقهاء، وذلك قبل الكلام في بيان القيود التي ترجع إلى حق الملكية في ذاته.

نظرية التعسف في استعمال الحق :

تقوم نظرية التعسف في استعمال الحق على الأسس الإسلامية في تقرير الحقوق، وهي الأسس التي ذكرناها فيما سبق دالة على أن شرع الحقوق في الشريعة الإسلامية إنما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحة الإنسان، بالنظر إلى أنه فرد من أفراد ولبنة من لبناته، في صلاحه صلاح مجتمعه، وعلى مبادئ الأخلاق الإسلامية الفاضلة التي جاء بها الدين من العدل والمساواة والإحسان واتباع المعروف وتجنب الطغيان والجور والفساد، وعلى عدد من القواعد الشرعية العامة التي أقرتها الشريعة؛ لتحقيق الغرض المتقدم، وهي قواعد تضمنتها أحكامها في المجالات المتعددة المختلفة، قصدا إلى إيجاد مجتمع مثالي متكامل سليم صالح، مما سنشير إليه فيما يأتي.

وبناء على ذلك يجب أن يكون استعمال الحقوق سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها، وإلى دفع المفساد وتجنبها، سبيلا يقوم النظر فيه إلى المجتمع أولا، وإلى الفرد ثانيا باعتبارها جزءا منه. فإذا ما كان في استعمال المالك حقه ضرر بغيره وجب أن يوازن بين مصلحته المشروعة التي أرادها والمضرة التي تترتب على استعماله له، فإن رجحت مصلحة المالك سلم له حقه، وإن رجحت مضرة غيره قيد حقه بما يدفع المضرة.

ويبدو من النظر في أقوال الفقهاء أن ما يترتب على استعمال المالك لحقه من الضرر بغيره قد يكون ضررا مسحوق الوقوع، وقد يكون ضرراً يغلب على الظن وقوعه، وقد يكون ضررا لا يغلب على الظن وقوعه، ثم هو مع ذلك قد يكون ضررا كبيرا، وقد يكون قليلا، وقد يكون ضررا مقصودا قصد إليه من أراد من المالك استعمال حقه، وقد يكون غير مقصود لم تتجه إليه إرادة المالك المستعمل لحقه، كما يبدو أنهم عندما تتعارض المصالح والمفاسد في هذه الأحوال يعمدون إلى مراعاة تطبيق القواعد الشرعية الآتية وهي :

١

١ - الضرر يزال.

٢ - يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

٣ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، أو يجب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

٤ - دفع المفسد مقدم على جلب المصالح.

٥ - الضرورات تبيح المحظورات.

والأمر المتفق عليه عند الفقهاء أن الضرر إذا كان نادر الوقوع أو قليلا تافها لم يترتب على ذلك تقييد حق المالك في استعماله حقه، إذ هو صاحب حق بلا ريب، وما كان له هذا الحق إلا لمصلحة غالبية رعاها الشارع، ولا يضير ذلك أن يكون وراء ذلك في أحوال نادرة ضرر بغيره أو ضرر قليل أيا كان وضعه، إذ المصالح دائما مشوبة بالضرر، وليس منها ما تمحض نفعاً، ولم يعتبر الشارع في مقرراته وتشريعاته إلا المصلحة الغالبة، دون نظر إلى ما كان منها نادرا أو قليلا، وبناء على ذلك يكون استعمال المالك باقيا على أصله مشروعا.

وكذلك اتفق الفقهاء على أنه إذا لم يدع المالك إلى استعمال حقه إلا قصداً لضرر بغيره، دون أن يكون له مصلحة أخرى يطلبها وجب عليه الكف، وعد معتدياً بإقدامه على الإضرار بغيره باستعماله لحقه، سواء أكان الضرر الذي يصيب غيره من ذلك محقق الوقوع أم مظنون، وذلك لأن الضرر يجب دفعه ومنعه لقوله (ﷺ): «لا ضرر ولا ضرار». ولكن إذا صاحب ذلك القصد طلب منفعة من المستعمل لحقه وكان له محيص عما أراد سلوكه للإضرار بغيره وجب عليه ألا يسلك هذا الطريق، تجنباً للإضرار بالغير؛ إذ له عنه مندوحة، وإلا لم يكن له من غرض في سلوكه إلا الإضرار بغيره، وذلك ما يجب تجنبه. أما إذا لم يكن له منه بد وكان في حاجة إلى استعمال حقه وفي الإقدام عليه ضرر بغيره، فإن كان عاماً كان مقدماً على حقه، وإن كان خاصاً قدم حقه بلا ريب، فهو على بينة من حقه، بينا هو على ظن من حق غيره، على أن من الفقهاء من يرى في هذه الحال الموازنة بين الضررين، فإذا كان ضرر غيره عظيماً ماساً بما هو ضروري له، بينا يرى ضرره دون ذلك قدم ضرر غيره على ضرره، كالطعام إذا منعه صاحبه لحاجته إليه بحسب العادة، بينما يطلبه غيره، دفعاً للهلاك عن نفسه، وذلك ما بنى على قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. وعلى قاعدة تحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعظم، ويلاحظ في ذلك أن الفقهاء يجعلون الضرر الذي يغلب على الظن وقوعه في حكم المحقق الوقوع، بناء على اعتبار غلبة الظن في الأحكام الشرعية.

وإذا كان جلب المصلحة أو دفع المنفعة غير مصحوب بقصد الإضرار بأحد، ولكن يتسبب عنه مع ذلك ضرر بالغير، وكان عاماً قيد حق المستعمل، درءاً للضرر العام تطبيقاً لقاعدة: يتحمل الضرر الخاص دفعاً للضرر العام، إذا كان ذلك الضرر محقق الوقوع أو مظنوناً وقوعه. وأما إذا كان الضرر المتوقع خاصاً يغلب على الظن وقوعه، فالحكم كما تقدم من تقديم مصلحة المستعمل على مصلحة غيره، لأن حق المالك قوى ثابت مأذون فيه لمصلحة غالبية فلا يقوى على دفعه ضرر دونه في المنزل، وقد يوازن في هذه الحال بين الضررين، كما تقدم فيقدم الأقوى والأشد ضرراً.

أما إذا كان الضرر المتوقع كثيرا، ولا يغلب على الظن وقوعه، وليس بالأمر النادر، فقد اختلف النظر : نظر أبو حنيفة والشافعي إلى أصل الحق والإذن فيه، فذهبا إلى تقديم مصلحة المستعمل وحقه. وذلك بناء على أن العلم بوقوع الضرر أو الظن الغالب به غير ثابت، وحق المستعمل ثابت ييقن فلا يقوى على رفعه إلا ييقن مثله أو غلبة ظن تقارب اليقين، ورجح مالك وأحمد جانب الضرر بالغير لكثرتهم؛ لأنه إذا كان كثيرا غير نادر الوقوع وجب الاحتياط لدفعه، إذ دفع المضرة مقدم على جلب المصلحة، ويقول الشاطبي في هذا المقام : الشريعة مبنية على الاحتياط، والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة.

وإذا لم يلحق المالك في منعه من استعمال حقه ضرر فإن كان مترفها في استعماله دون قصد إلى الإضرار بالغير ودون علم به والتفات إليه، فإنه وقد قصد إلى ما يجوز له أن يقصده شرعا يكون له حقه جائزا له في استعماله وإن ترتب على استعماله ضرر بغيره قطعي الوقوع، أما إذا كان على علم بلزوم الضرر لغيره فعند ذلك يقوم في منعه من استعمال حقه مظنة قصد الضرر بالغير؛ لأنه وقد أقدم على استعمال حقه لغير داعية مصلحة يطلبها دون أن يلحقه ضرر بالترك فاعل لأمر مباح لا يتعلق بفعله نفع له، وفيه ضرر بغيره قد يرى أن ليس له داعية إلى ذلك إلا قصد الإضرار بغيره فيمنع لذلك.

على هذا الوضع صيغت نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية منذ كان لهذه الشريعة وجود، فكانت معينا لما صدر فيها من القوانين الوضعية في البلاد العربية.

ومن البيان المتقدم يمكن استنتاج المعايير التي يقوم عليها اعتبار استعمال المالك لحقه من قبيل التعسف فيه عند الفقهاء مع غرض النظر على ما بينهم من خلاف في بعض الفروع، وهذه المعايير هي :

- ١ - إذا لم يقصد المستعمل لحقه سوى الإضرار بغيره.
- ٢ - إذا كانت مصلحته التي يبتغيها من استعماله حقه تتعارض مع مصلحة عامة أو مصلحة خاصة تفوقها بحيث ترى مصلحة قليلة الأهمية ولا تتناسب ألبتة مع ما يصيب غيره من ضرر عظيم بسببها، ولم يكن ذلك الضرر نادر الوقوع.

٣ - إذا كانت المصلحة التي يتغيها المالك من استعمال حقه تؤدي إلى الإضرار بغيره ضرراً فاحشاً بيناً، وكان في استطاعته تحقيق مصلحته بطريقة أخرى لا تؤدي إلى هذا الضرر.

٤ - إذا كان الضرر المترتب على الاستعمال عظيماً محتمل الوقوع، وليس بالأمر النادر على ما ذهب إليه مالك وأحمد، أخذاً بالأحوط وبسد الذريعة، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي.

٥ - إذا كان المالك على علم بترتب الضرر الفاحش وكان في استعماله لحقه مترفعاً لا يلحقه ضرر من تركه، وأقدم مع ذلك عليه.

وبالنظر فيما يرى أنها جامعة لما ذهب إليه القوانين الوضعية في هذا الموضوع من أحوال وزائدة عليها، ولقد تأثر الفقه الغربي بهذه النظرية فاقبّس منها في حدود تختلف ضيقاً وسعةً، بحسب اختلاف البلاد الغربية، وحلت في كثير من القوانين الغربية التي كانت ولا تزال معينا ومستمداً لما وضع من قوانين في بعض البلاد العربية.

ففي سنة ١٩٤٨ صدر القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة فأخذ واضعه بعض أحكام هذه النظرية من الشريعة، وذلك في مادته الخامسة التي نص فيها على أن استعمال الحق في الأحوال الآتية غير مشروع :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

وكذلك جاءت المادة (٦) مدني سورى مطابقة لها، والمادة ٢/٧ مدني عراقي والمادة (٥) مدني لبي، وتنص المادة (١٢٤) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، على أنه يلزم بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعماله حقه حدود حسن النية، أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق.

والمعيار الأول يفيد أن يكون الغرض الأساسي من استعمال الحق هو الإضرار بالغير، وعليه فلا بغير من وجه المسألة أن تتحقق مع ذلك منفعة عرضية لم تكن مقصودة، ولا أن يكون هذا القصد مصحوبا بنية جلب منفعة إذا كانت هذه النية عاملا ثانويا لم يدفع إلى الاستعمال.

وقد يرى بناء على ما تقدم أن ذلك محل خلاف بين التشريعيين، أما عدم مشروعية المصلحة التي يرى صاحب الحق إلى تحقيقها من استعماله حقه فقد يكون أقرب إلى أن يعد تجاوزا لحدود الحق لا عسفا في استعماله.

قيود الجوار : الجوار الجانبى :

الجوار قد يكون جانبيا، وهو الناشئ عن ملاصقة الحدود، وقد يكون رأسيا، وهو الناشئ عن التعلئ، ولكل من الجوارين قيود تقيد المالك فى تصرفه وانتفاعه بما لا يترتب عليه ضرر بين بجاره، إذ القاعدة فى ذلك أن للمالك فى الحالين أن يتصرف فى ملكه كيف شاء، وأن ينتفع بملكه الانتفاع الذى يريد ما لم يضر ذلك بجاره ضررا يينا غير معتاد، وإلا كان ضامنا لما يترتب على ذلك من ضرر.

والتزام المالك بذلك فى الجوار الجانبى محل خلاف بين الفقهاء، فأبو حنيفة^(١)، لا يرى أن يقيد المالك فى ملكه لأجل مصلحة جاره، فإن مقتضى الملك التام أن يكون للمالك الاختيار فى انتفاعه بملكه وفى تصرفه فيه على الوجه الذى يريد ما دام خالصا من تعلق حق غيره به، ولذا كان له أن يفتح فيه ما يرى من نوافذ، سواء أطلت على جار أم لم تطل، تكشف بها نساؤه أم لا، وأن يعلى بناءه وأن يبنى فوقه كما يشاء، منع ذلك الضوء والشمس عن جاره أم لا، وأن يحول داره إلى مصنع أو متجر، وأن يحفر فيه من آبار وبالوعات ترتب على ذلك ضرر بجاره أم لا، وإلى هذا ذهب الشافعى وهو رواية عن أحمد^(٢)، لأنه تصرف فى ملكه الخاص ولم يتعلق به حق غيره، كما لو طبخ فى داره فأذى دخان طبخه جاره أو خبز فيها، فقد جاء فى نهاية المحتاج^(٣):

(١) الفتاوى الخانية، ج ٢، ص ٣٨٣، هامش الفتاوى الهندية.

(٢) الفتاوى الخانية، ج ٤، ص ٣٩٢.

(٣) الفتاوى الخانية، ج ٥، ص ٥١.

«إن لمالك الجدار أن يفتح فيه الكوات والشبابيك ولو لغير الاستضاءة؛ لأنه تصرف في ملكه، ولا فرق بين أن يشرف منها على حريم جاره أو لا؛ لتتمكن الجار من دفع الضرر عن نفسه، وذلك ببناء سترة أمام الكوات، وإن تضرر من ذلك بمنع الضوء الآتي منها أو النظر، ولأن صاحب الجدار لو أراد هدمه ورفع له لم يمنع منه فأولى ذلك نقض بعضه.

وعدم إلزام الجار بالامتناع عن ذلك وعن كل ما يضر بجاره قضاء عند من ذهب إلى ذلك لا يعفيه من الإنثم والجريمة الدينية، والمسئولية الخلقية؛ ذلك لأن رعاية الجار والإحسان إليه من الفضائل الخلقية التي حض عليها الكتاب الكريم، وأمر بها سيد المرسلين، فقد قال تعالى في سورة النساء: ﴿وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل﴾.

وقال رسول الله (ﷺ): «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره». وقال: «والله لا يؤمن - قالها ثلاثا - قالوا: من يارسول الله؟ قال: «الذي لا يأمن جاره بوائقه».

وذهب المتأخرون من فقهاء الحنفية ومنهم مشايخ بلخ، والمالكية، والحنابلة إلى وجوب تقييد الجار في تصرفه وانتفاعه بملكه بما لا يضر جاره ضررا يبيح غير معتاد، لقوله (ﷺ): «لا ضرر ولا ضرار» ولأن الناس لسوء أخلاقهم وضعف دينهم تركوا ما أوجبه الله عليهم خلقا وأدبا من رعاية جانب الجار، فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء، وإلا عمت الفوضى والفساد. وقد روى هذا عن أحمد فقد جاء في الشرح الكبير^(١)،: «وليس للجار أن يتصرف في ملكه بما يضر جاره، كأن يبنى حماما بين الدور أو يفتح مخبزا بين العطارين أو دكان قصارة يهز الجدر ويوهنها، أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره، ليجتذب الماء منه، كما يمنع من الصعود على سطحه إذا ترتب على ذلك الإشراف على دار جاره ورؤية نسائه، إلا أن يبنى سترة، كما يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها»، وجاء في كشف القناع^(٢)،: «ويمنع من أن يجعل ساحة له بجوار جاره مرمى للقاذورات

(١) الفتاوى الخانية، ج ٥، ص ٥١

(٢) الفتاوى الخانية، ج ٢، ص ٢ وما بعدها.

والقمامات ومن كل ما يضر بجاره بحفر كنيف أو بالوعة أو إنشاء حمام وإحداث حدادة أو قصارة، أو نصب رحي، أو حفر بئر ينقطع بها ماء بئر لجارة، ونحو ذلك من كل ما يؤذى، فإن فعل كان منعا لما يحدث من ضرر».

وفى بيان الضرر عند المقيدين اختلاف مرجعه فيما يظهر إلى اختلاف الأعراف والعادات فى البلاد، فقد جاد فى المادة (١٢٠٠) من المجلة العدلية، يدفع الضرر الفاحش بأى وجه كان - مثلا لو اتخذ فى اتصال دار دكان حداد أو طاحون، ومن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء، أو أحدث فرنا أو معصرة، ولا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها، لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة، فهذا كله ضرر فاحش ويدفع ويزال بأى وجه كان، وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق منها نهرا إلى طاحونه وجرى الماء فيه يوهن جدار الدار، أو اتخذ أحد فى أساس جدار جاره منزلة وإلقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه برفع الضرر، وكذلك لو أحدث رجل بيدرا فى قرب دار آخر، وبمجرى الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيها، فله أن يكلفه رفع ضرره. كما لو أحدث رجل بناء مرتفعا بالقرب من بيدر رجل آخر فسد مهب الريح عنه فإنه يكفه رفعه للضرر الفاحش، كذلك لو أحدث رجل دكان طباخ فى سوق البزازين، وكان الدخان يضر بأمثلة الجار ضررا فاحشا فإنه يكلفه رفعه. وجاء فى المدة (١٣٠٢) : رؤية المحل الذى هو مقر النساء، كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضررا فاحشا، فإذا أحدث رجل فى داره شبكا أو بناء جديدا، وجعل له شبكا مطلا على مقر النساء فى دار جاره الملاصق أو الذى يفصل بينهما طريق فإنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على ذلك إما ببناء حائط أو بوضع ما يمنع النظر، ولكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية. وفى كتاب البهجة شرح التحفة ص ٢١٦، ج ٢، مثل ما تقدم، وزاد عليه أن من الضرر أن يفتح بابا مقابلا لباب جاره فيشرف منه عليه أو يقطع عنه مرفقا من إنزال أصحابه ومربط دابته ونفض الحصى على باب داره فيتضرر جاره من غباره، وحفر مرحاض أو بالوعة بجوار جدار جاره، أو إحداث إصطبل للدواب بجوار جدار جاره، إلى آخر ما ذكره من أنواع الضرر التى تتفق جميعها فى إحداث ضرر غير معتاد ولا مألوف يتأذى منه الجار فلا تسلم له سكناه ولا تطيب.

وقد نص الحنفية على أن الممنوع من ذلك هو ما كان حادثاً بعد الجوار، أما ما كان قبل الجوار فلا يمنع منه، وعليه إذا ما تملك شخص بجوار مصنع قائم أو مدبغة أو نحو ذلك أرضاً بناها منزلاً لم يكن له حق في الشكاية من ضرر يلحقه بسبب ذلك، لأنه هو الذى أقدم عليه طوعية واختياراً.

ونتيجة ما تقدم من بيان أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى القاضى بتقييد المالك بالقيود التى رأوها من مقتضيات الجوار ولوازمه، بحسب العرف والعادة، وتناولتها الأوامر الشرعية الآمرة بالإحسان إلى الجار وأمنه وعدم الإضرار به ليس فى الواقع إلا تطبيقاً لقاعدة عامة تشمل الجار وغيره، وتتناول حق المالك وغيره، وهذه هى القاعدة التى جاء بها قول رسول الله (ﷺ) : «لا ضرر ولا ضرار». وكان المرجع فى بيان الضرر وتحديد معايير العرف والعادة. وكان الجار المالك بناءً على ذلك مسئولاً عما يؤدى إليه استعماله للملكه من ضرر فاحش يصيب جاره.

ولقد ظفر هذا النظر الشرعى والاتجاه العادل باهتمام وبحث وتحليل، حين تطورت الحياة الاجتماعية، وازداد النشاط الاقتصادى، وتنوعت وسائل العمل والإنتاج بسبب اكتشاف البخار والكهرباء، واختراع الآلات وانتشار المصانع والمحال العامة المختلفة الأغراض، والمعامل الكيماوية المتعددة الأنواع، وغير ذلك مما ينبعث منه الضجيج والدخان والروائح الكريهة والأصوات المزعجة، وغير ذلك مما يؤذى الجار ويقلق راحته، وأدى إلى وضع اللوائح والقوانين لتلافى أضرارها وتخفيف أذاها، فكان من آثار هذا البحث والنظر تحديد المسؤولية عند انتشار ضررها ومساسه بالجيران وبيان أساسها، وهل هو مجاوزة الحدود الموضوعة لحق الملكية، أو الخطأ الشخصى، أو فكرة التضامن الاجتماعى، أو هو كل ذلك على حسب اختلاف الأحوال.

وأخيراً حين صدر القانون المدنى الجديد فى مصر سنة ١٩٤٨ رأى واضعه أن يجعل أساس - المسؤولية التزاماً قانونياً بعدم مجاوزة الحدود الموضوعة لذلك، فقد نص فى المادة (٨٠٧) منه على إلزام المالك بالآلا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره، وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف،

على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذى خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق، وبهذا النص جاءت المادة (٧٧٦) مدنى سورى والمادة (٨٢٦) مدنى لىبى، ويمثل هذه الأحكام صدر القانون اللبنانى.

والقاعدة العامة فى ذلك هى أن يكون للمالك مطلق التصرف فى ملكه والانتفاع به فى حدود المتعارف المألوف، وعلى من يتجاوز ذلك من الملاك أن يتحمل ما يترتب على ذلك الاستعمال المتجاوز فيه من تعويض عن الأضرار التى تلحق الجيران، وعلى الجيران أن يتحملوا ما يترتب على استعمال الملاك المجاورين فى حدود العرف من مضايقات وأضرار لا يستطيع بحسب العادة تلافيتها. وعلى ذلك فليس للمالك أن يغلو فى استعماله حقه إلى حد يضر بجاره ضرراً غير مألوف ولا معتاد، وإلا كان مسئولاً عن آثار هذا الضرر، إذ إن العدالة تقضى بحماية الجار من الضرر الفاحش الذى يصيبه من استعمال جاره، والضرر الفاحش هو ما لا يَحتمل عادة وينكره العرف.

من هذا يظهر أن المسئولية فى جميع القوانين العربية قد أسست وأقيمت على التزام قانونى، هو التزام الجوار الذى نص عليه فى المواد السابقة التى أشرنا إليها، وهو التزام قضت به الشريعة الإسلامية، كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق، وعليه فليس يرى بين الشريعة الإسلامية وما شرعته القوانين فى البلاد العربية كبير فرق، إذ كان الأساس فيها جميعها واحداً، وإذا حدث خلاف فلا يتجاوز التطبيق تبعاً لاختلاف الأعراف والتقدير.

ويلاحظ أن القانون العراقى كان فى صياغته فى هذا الموضوع أقرب إلى الصياغة الفقهية الشرعية، واقتبس أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية إذ جاءت المادة (١٠٥١) منه بالنص الآتى :

١ - لا يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أم قديماً.

٢ - وللمالك المهتد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث فى العين المجاورة أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر،

وله أيضا أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة فى النزاع.

٣ - وإذا كان أحد يتصرف فى ملكه تصرفا مشروعاً، فجاء آخر وأحدث فى جانبه بناءً وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه .

وهذه الأحكام قد تضمنتها المواد (٥٧ ، ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣) من مرشد الحيران ما عدا ما تضمنته الفقرة الثانية فهى من مقتضيات القواعد العامة .

وتقتضى الفقرة الثالثة من المادة المذكورة ألا يكون للجار الجديد الذى جاور من المباني والمنشآت القائمة ما تنبعث منه بعض الأضرار، بحسب طبيعة عمله ووضع حق فى الشكاية مما قد يصيبه منها، لأنه هو الذى أقدم طواعية واختياراً على أن يضع نفسه هذا الوضع، فكان راضياً بما يمسه ومتازلاً بذلك عن حقه فى الشكوى .

وقد كان هذا المبدأ محل بحث فى الفقه وأمام المحاكم، فذهب رأى إلى أن الأسبقية فى التملك أو فى الاستعمال تعصم من المسؤولية، فإذا بنى مالك منزلاً للسكنى بجوار مصنع قائم فليس يحق له أن يتضرر. ويشكو من ضرر يصيبه من هذا المصنع . وبهذا رأى أخذت محكمة الاستئناف الوطنية فى حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ - المحاماة ٨ - ٤٨٩ - ٢٢٦، وذهب رأى آخر إلى خلاف ذلك فأوجب على المالك القديم أن يراعى وجود جار جديد بجواره فيلتزم بما تلزمه به قيود الجوار، وذلك بناءً على أن إلزام الجار بهذه القيود والحدود إلزام مطلق غير مقيد بقيود القدم أو الحدوث، وإذا لم يكن الجار القديم، أى المالك القديم ملزماً بشيء من تلك القيود والحدود، لعدم وجود من له الحق فى الاستفادة منها فإنه يصبح ملتزماً بها عند وجود صاحب الحق فيه . ويميل الأستاذ الدكتور الصدة إلى تصويب هذا رأى قائلاً : إنه يضع المالك اللاحق فى التملك أو الاستغلال أمام واحد من أمرين : إما أن يختار نوع الاستغلال الذى اختاره من سبقه، وإما أن يتحمل المضار الفاحشة دون أن يكون له حق الشكوى، ولهذا رفضه القضاء وانتقده الفقه، وذلك لأن الأسبقية لا يكون لها هذا الأثر فى هذا الشأن إلا إذا كانت أسبقية جماعية، بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة الحق، وذلك بأن يعتمد عدد كبير من الملاك إلى استعمال ملكياتهم بطريقة واحدة فيه .

وفى رأى أن التزام الجار بمراعاة جيرانه وعدم مسهم بضرر، هل هو حق خاص يجوز لهم أن يتنازلوا عنه أو هو حق عام لا يجوز التنازل عنه؟ يرى الفقهاء الشرعيون أنه حق خاص لصاحبه أن يتنازل عنه، ومن ثم كان إقدام مالك على إقامة منزله بجوار مصنع رضا منه بما قد يصيبه من ضرر هذا المصنع وأذاه، وعليه يكون بذلك متنازلاً عن حقه، لعلمه بالضرر وإقدامه عليه، ولم يكن صاحب المصنع عندئذ مخالفاً ولا متجاوزاً حقوقه، ولكن إذا زاد الأذى وتفاشى الضرر عما كان عليه كان له عند ذلك حق الشكوى؛ لعدم رضاه عندئذ بما استجد من ضرر.

الجوار الرأسى :

الجوار الرأسى أو العلوى يكون بين بناءين أحدهما يعلو الآخر، وذلك بأن توجد دار متعددة الطبقات، وعلوها لمالك وسفلها لمالك آخر، وهذا وضع يجعل للعلو حق القرار على السفلى، كما بينا فيما سبق عند كلامنا على مدى حق الملكية، ويسمى حق القرار فى هذه الحال بحق التعلّى.

وهذا الحق لا يثبت عند الحنفية إلا نتيجة لبيع علو قائم بناؤه على سفلى ولا يثبت نتيجة لبيع حق التعلّى بدون بناء قائم على بناء آخر، لأن بيع حق التعلّى استقلالاً غير تابع لبناء مستقل غير صحيح عند الحنفية، كبيعه على بناء مزع إقامة ولم يوجد بعد؛ إذ لا يعد حق التعلّى عندهم مالا، وتمليكهم فيما يرون ليس إلا تمليكا للهواء المستعلى على البناء، وتمليك الهواء باطل لعدم استقراره ولعدم ماليته، وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز تمليكهم استقلالاً، كما يجوز تمليكهم تبعاً لتمليك البناء المستعلى على بناء آخر، فإذا ملك استقلالاً فإنه يتحدد حينئذ بحدود ما سيعلو من البناء الموجود إن كان هناك بناء يراد استعلاؤه أو بحدود ما سيقام من البناء الذى سيكون سفلاً له بعد وصفه وبيانه وبيان العلو ووضع بيانه لا يؤدى إلى النزاع عادة^(١).

وحق التعلّى حق دائم لا يسقط بانهدام كل من العلو أو السفلى ولا يهدم أحدهما، ويجرى فيه التوارث فينتقل بالوراثة إلى ورثة مالكة.

(١) كشف القناع، ج ٢، ص ١٩٧.

وإذا انهدم العلو كان لصاحبه ولورثته من بعده تجديده، وليس لصاحب السفلى أن يجبرهم على إعادته على الصحيح؛ لأنه لا منفعة له معتبرة في ذلك. وإذا انهدم السفلى فانهدم بانهدامه العلو فعلى صاحب السفلى إعادته، فإذا أعاده علاه صاحب العلو بينائه، ويجبر على إعادته عند الحنابلة؛ ليمكن صاحب العلو من انتفاعه^(١).

ويرى الحنفية أن السفلى إذا انهدم فجدهه صاحبه علاه الآخر بالبناء عليه دون أن يكون له حق الرجوع على صاحب العلو بقيمة ما انهدم من علوه، أو نقص إذا كان انهدام السفلى من غير تعد من صاحبه، أما إذا كان بتعد منه فإنه يضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط من بنائه.

ولسقوط السفلى على الجملة حالتان :

الحالة الأولى : أن ينهدم السفلى بغير تعد من صاحبه، كأن يسقط بزلزال أو لوهن تسبب عن بلاء، وعند ذلك لا يجبر صاحبه على إعادته، إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه، ولم يكن منه تعد على حق صاحب العلو حتى يجبر على إحيائه خلافا للحنابلة إذ رأوا إجباره على ذلك.

فإذا لم يعده صاحب السفلى كان لصاحب العلو أن يعيد ما سقط من السفلى بإذن صاحبه أو بإذن القاضى إذا ما أباه عليه صاحب السفلى، فإذا أذن بإعادته من أحدهما فأعاده رجع على صاحب السفلى بكل ما أنفق فى إعادته؛ لأنه بالإذن صار وكيلًا عنه فى الإنفاق على إعادته، أما إن كان الإذن من صاحب السفلى فالأمر ظاهر إذ ليس الإذن إلا توكيلا، وأما إن كان من القاضى؛ فلأن القاضى قد قام مقام صاحب السفلى فى إصدار هذا الإذن بما له من ولاية عامة فى رفع المظالم، وقد كان امتناع صاحب السفلى من الإعادة ومن الإذن بها ظلما يجب رفعه، وإن أعاده صاحب العلو من غير استئذان بعد أن امتنع صاحب السفلى من إعادته، ففي حكم ذلك اختلف نظر الفقهاء.

ذهب الحنفية إلى أنه يعد متبرعا ما لم يمنعه من الاستئذان عذر، وعلى ذلك يكون ما يجدهه من السفلى ملكا لصاحب السفلى، ولا يرجع عليه بشيء مما أنفق عليه إذ كان فى إمكانه أن يستأذن ولم يفعل، وإذا صار ما أعاده صاحب

(١) المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٠٤.

العلو ملكا لصاحب السفلى على وجه التسرع له به لم يجز لصاحب العلو أن يمنعه من الانتفاع به، إذ لا يمنع مالك من أن ينتفع بملكه....

وأما إذا منعه من الاستئذان عذر من الأعذار فلا يعد في هذه الحال متبرعا لاضطراره حيثئذ إلى إحياء حقه والانتفاع به بإعادة السفلى، ويكون السفلى حيثئذ ملكا لصاحب العلو يستبقيه في يده، كرهن عنده له أن يستغله حتى يدفع إليه صاحب السفلى ما يعوضه ويصير السفلى بذلك ملكا له، وقد اختلف النظر عندئذ فيما يطالب به صاحب السفلى عوضا عن إعادته، أيطالب بقيمته أم بما أنفق على إعادته من نفقات

ذهب بعض الحنفية إلى أنه إنما يطالب بقيمته وتعتبر قيمته وقت تسليمه إلى صاحب السفلى؛ لأنه وقت التملك، وذهب بعض الحنفية إلى أنه إنما يطالب بما أنفق على إعادته من نفقات؛ لأنه يعتبر عند العذر كالمأذون شرعا في إعادته؛ لأنه قد بناء تحت عامل اضطراره، وذلك كاف في اعتباره حكما بمنزلة الوكيل عن صاحب السفلى في الإعادة، وليس في ذلك إضرار بأحدهما، فصاحب العلو يتمكن من الوصول إلى حقه بلا عنق وصاحب السفلى يملك السفلى بما أنفق عليه، كما في البدائع.

وهذا الرأي يقتضى أن يكون السفلى في هذه الحال ملكا لصاحب السفلى وإنما يستبقيه صاحب العلو في يده وثيقة إلى أن يؤدي إليه ما أنفق.

وفي الخاتبة: إذا سقط البنيان من غير هدم، قال أبو حنيفة: لا يجبر صاحب السفلى على بناء السفلى. إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه وإقامته، ويقال لصاحب العلو: ابن السفلى أنت فإذا بناء لم يكن متبرعا، ويكون السفلى في يده حتى يؤدي قيمة السفلى، ومعنى ذلك فيما يظهر أن صاحب السفلى لا يجبر على الإعادة، كما لا يجبر على الإذن لصاحبه بالإعادة؛ لأن عدم جبره على الإعادة يستلزم عدم جبره على الإذن بها، وعندئذ إذا أعاد صاحب العلو بناء السفلى من غير إذن فقد أعاده تحت اضطراره إلى إحياء حقه فلا يكون متبرعا به؛ ولكن هل يكون ملكا لصاحب العلو أو ملكا لصاحب السفلى؟ الظاهر من إلزامهم صاحب السفلى بأداء قيمته لا بأداء ما أنفق عليه من المال أنهم يرونه ملكا لصاحب العلو، ومن ثم كان لصاحب السفلى أن يملكه بقيمته^(١).

(١) راجع الخاتبة على هامش الهندية، ج ٣، ص ١٠٩، ١١٥.

إذا لا محل للإلزامه بما ينفقه، وقد يكون من ذلك ما هو نتيجة مغالاة وتساهل من صاحب العلو عند الإعادة فلا يلزم به صاحب السفل، وقد علمت فيما سبق أن من فقهاء الحنفية من ذهب إلى أن صاحب العلو، إذا أعاد السفل في هذه الحال بدون إذن ولم يمنعه مانع من الاستئذان عد متبرعا، ومعنى ذلك أن اضطرابه إلى إعادة حقه لا يمنع من اعتباره متبرعا، وهذا ما قد يدل على أن المنقول عن أبي حنيفة مقيّد بصدور الإذن لصاحب العلو بالبناء، غير أن ذلك يستتبع إلزام صاحب السفل بما أنفق على الإعادة لا بالقيمة، فلعل في المذهب رأيين في إعادة السفل بغير إذن عند انعدام العذر: رأى يرى أن ذلك يعد من قبيل التبرع ما دام أن الإذن كان مستطاعا، ولم يحاول صاحب العلو الحصول عليه، ورأى يرى أنه لا يعد في هذه الحال متبرعا؛ لاضطراره إلى إحياء حقه، ولكن هل اضطرابه إلى إحياء حقه يمنعه من أن يحصل على الإذن بالإعادة؟

وإذا ما أعاد صاحب العلو السفل فصار ملكا له على ما تقدم بيانه فإنه يكون لصاحب السفل أن يملكه باعتباره تابعا لأرضه، ويتمكن حينئذ جبرا عن صاحب العلو بقيمته على ما بينا، وقد اختلف الرأي حينئذ في القيمة التي تجب عليه، ذهب بعضهم إلى أنه يملكه بقيمته وقت بنائه؛ لأنه يستحق تملكه على صاحب العلو من هذا الوقت، وقال آخرون: يملكه بقيمته وقت الرجوع عليه به؛ لأنه وقت التملك، وهذا هو الأصح المختار للفتوى^(١). وإذا أراد صاحب العلو أن يملك الأرض من صاحب السفل في هذه الحالة بدون رضاه لم يكن له ذلك؛ لأن الأرض أصل، ولا يكون الأصل تابعا لفرعه وهو البناء، كما في الحائنية.

الحالة الثانية: أن ينهدم السفل بفعل من صاحبه، وفي هذه الحال يجبر صاحب السفل على إعادته؛ لتعديده، ويضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط من علوه قائما، فإن أعاده صاحب العلو في هذه الحال بلا إذن اعتبر متبرعا لإقدامه على فعل يستطيع أن يلزم ذا الشأن فيه بتنفيذه، وذلك بالرجوع إلى القضاء بخلاف الحالة الأولى، وإنما يعد متبرعا إذا لم يصدر منه ما يدل على أنه إنما بنى غير متبرع، بل لنفسه، مثل أن يشهد على ذلك، فإن فعل كان البناء له وكان شأنه شأن

(١) راجع رد المحتار آخر كتاب الشركة.

مستحق السكنى إذا قام بعمارة الدار الموقوفة على سكنائه فيكون ما بينه ملكا له ولصاحب الأرض أن يملكه إذا أراد طبقا للقواعد، وإذا ما كان السفلى الذى أقامه صاحب العلو ملكا لصاحب السفلى، كان لصاحب العلو أن يمنعه عن سفله حتى يؤدي إليه ما عليه، فإذا امتنع كان لصاحب العلو أن يستغله بإذن القاضى على أن يحتسب غلته بما وجب له على صاحب السفلى^(١).

ويرى الحنفية أن ما يكون من سقف بين علو وسفل له يكون ملكا لصاحب السفلى؛ لأنه جزء منه ومتمم له، ولا يعد مسكنا إلا به، وإنما يكون لصاحب العلو حق الانتفاع به والقرار عليه.

ولوجود الجوار بين صاحب السفلى وصاحب العلو كان تصرف كل منهما بملكه وانتفاعه به مقيدا على ما تقدم فى الجوار الجانبى بما لا يضر بصاحبه، فلا يزيد صاحب العلو فى بنائه بما يوهن بناء صاحب السفلى ولا يفتح صاحب السفلى فى بناء نوافذ تضعف من بنائه فتجعله غير قادر على تحمل بناء العلو.

وقد قسم الفقهاء التصرف الذى يصدر من كل منهما ثلاثة أقسام :

الأول : التصرفات التى تضر أحدهما ضررا محققا، كأن يهدم صاحب السفلى بعض جدره أو بعض عمده أو يبنى صاحب العلو بناء لا يقوى السفلى على حمله، وهذا النوع ممنوع على كل منهما، فإذا فعله أحدهما كان ضامنا لما يترتب على فعله من تلف.

الثانى : التصرفات التى لا يترتب عليها ضرر بأحدهما، كدق مسمار فى جدار، وقيام أحدهما بمد أسلاك الكهرباء فى بنائه، وهذا النوع جائز لكل منهما دون اعتراض عليه من الآخر.

الثالث : التصرفات التى يشك فى نتائجها فلا يدرى على وجه العلم أيحدث منها ضرر أم لا، كأن يقوم صاحب السفلى بفتح نافذة فيه، أو يقوم صاحب العلو بوضع أثقال فيه، وهذا النوع يجوز لكل منهما مباشرة عند أبى يوسف ومحمد خلافا لأبى حنيفة.

(٢) راجع الخاتمة.

ويرجع الخلاف فى ذلك إلى اختلافهم فى الأساس الذى يرجع إليه فى الحكم على تصرف كل منهما.

فعندهما أن الأصل فيه هو الإباحة؛ لأن كلا منهما يتصرف فى ملكه فلا يمنع من تصرفه إلا إذا وجد المانع منه وهو الإضرار بحق غيره على وجه التحقيق، ولذا منع مما يضره، ولم يمنع من غيره، وهو ما جهل أثره وما علم عدم ضرره.

وعنده أن الأصل فيه هو المنع، لأن كلا منهما يتصرف فى ملك تعلق به حق غيره فلا ينفذ تصرفه إلا إذا تحقق عدم الإضرار بحقه، ولذا منع مما يضر ومما جهل أثره ولم يمنع مما علم عدم ضرره.

وبناء على ذلك فالتصرفات التى يشك فى نتائجها غير جائزة عنده، لعدم التحقق من وجود المسوغ، وهو عدم الضرر بالغير قطعاً^(١).

ويلاحظ أن التشريع الوضعى فى البلاد العربية لا يكاد يختلف عما ذهب إليه فقهاء الشريعة فى أحكام السفل والعلو إلا فى أمور فرعية يسيرة، دعا إلى الخلاف فيها اختلاف الأعراف، وإرادة تنظيم الانتفاع المشترك حتى لا يترتب عليه الإضرار بحقوق بعض الشركاء ضرراً غير مألوف، وعلى هذا كانت الشريعة الإسلامية أساساً فيما بنت عليه هذه الأحكام فى البلاد العربية، وبخاصة فى الجمهورية العراقية. فقد أقرت ملكية الطبقات فى القانون المدنى المصرى، وفى غيره من القوانين العربية، كالقانون المدنى السورى، والقانون المدنى الليبى والقانون المدنى العراقى، كما أقرتها القوانين اللبنانية، ونص فى المادة (٨٥٦) مدنى مصرى وما بعدها إلى المادة (٨٦١) على اشتراك ملاك الطبقات فى ملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع ملاك الطبقات، على أن يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة ما يملك، وعلى أن ليس له أن يتصرف فى نصيبه من ذلك تصرفاً مستقلاً عن الجزء الذى يملكه، وذلك ما لم يوجد فى سندات

(١) ارجع إلى شرح البهجة، ج ٢، ص ٣١٥، فقيه بيان وافٍ عن ضرر الجار وحكمه فى أحواله المختلفة.

الملكية ما يخالف ذلك، ونص في المادة (٨٥٧) على أن استعماله وانتفاعه بهذه الأجزاء المشتركة يجب ألا يحول وألا يضر باستعمال الآخرين، كما نص في المادة (٨٥٨) على أن نفقات هذه الأجزاء وصيانتها تكون على جميع الشركاء كل بقدر قيمة ما يملك ما لم يوجد اتفاق بينهم بما يخالف ذلك، وفي المادة (٨٥٩) على إلزام صاحب السفلى بالأعمال والترميمات اللازمة لسفله حذرا من سقوط العلو، وأجبر القاضى عند امتناعه أن يأمر ببيع السفلى أو يأذن لصاحب العلو بذلك على نفقة صاحب السفلى، كما ألزمت المادة (٨٦٠) صاحب السفلى بإعادة سفله عند انهدامه فإذا امتنع كان للقاضى كذلك أن يبيع السفلى لمن يعيده أو يأذن صاحب العلو بإعادته على نفقة صاحب السفلى، وفي هذه الحالة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يؤدي ما فى ذمته لصاحب العلو، كما يجوز لصاحب العلو أن يحصل على إذن بإجارة السفلى أو بسكنائه استيفاء لحقه، وليس لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه أو يبنى بناء آخر معه، م (٨٦١)، كما لا يجوز له وضع أثقال يخشى منها على السفلى، وإلى هذا كله ذهب القانون اللبى فى مواده من (٨٦٠) إلى (٨٦٥) والقانون السورى من (٨١١) إلى (٨١٦) والقانون المدنى العراقى من (١٠٨٢) إلى (١٠٨٦). ويلاحظ أن التشريع فى هذه البلاد العربية جميعها قد ألزم صاحب السفلى منذ انهدامه بإعادته إلى الحال التى كان عليها فلم يفرق بين ما إذا كان انهدام السفلى نتيجة اعتداء عليه من صاحبه أو نتيجة لما ليس له فيه بد، كزلازل أو نحو ذلك. بخلاف ما ذهب إليه الحنفية فى ذلك، إذ لم يلزموا صاحب السفلى بإعادته إلا عند تعديه وسقوطه نتيجة لذلك. أما إذا سقط بلا تعد فلم يلزمه بإعادته بناء على أنه لا يلزم إنسان بعمارة ملكه، وإنما جعلوا لصاحب العلو أن يعيده إذا أراد على الوضع الذى شرحناه فيما سبق، ولا شك أن هذا أقرب إلى العدالة؛ إذ لا يرهن الإنسان بما لم يكن له فيه يد، ولكن إذا أراد صاحب العلو إحياء حقه أعاده على حساب صاحب السفلى على أن يؤجره ويستغله مع حصوله على الإذن بذلك من القضاء فى سبيل استيفاء حقه.

قيود الإرفاق أو الارتفاق ^(١) :

مما تنقيد به ملكية العقار أن يتقرر عليه حق لمنفعة عقار آخر بعينه، دون نظر إلى شخص مالكة، وذلك بناء على سبب من الأسباب التي سنذكرها فيما يأتي، فيكون العقار الذي تكرر عليه الحق مرتفقا به، والعقار صاحب هذا الحق مرتفقا، ويسمى الحق الذي تقرر لثانيهما على أولهما حق ارتفاق، وهو حق لا ينظر فيه إلى مالكي العقارين، بل يثبت لأحدهما على الآخر مع كونهما مملوكين لشخصين، أو مملوك أحدهما دون الآخر أو غير مملوكين، ويكون مقرا للعقار المرتفق على العقار المرتفق به يتبعهما من يد إلى يد مهما اختلفت الأيدي، ومهما اختلفت الأملاك، ولا يتأثر باختلاف المالكين ولا باختلاف المتفعين.

وهذا النوع من الحقوق هو ما يسمى في لسان الفقهاء الآن بحقوق الارتفاق، وهي حقوق المرور، والشرب، والمجرى، والمسيل ونحو ذلك مما يثبت ويتقرر لعقار على آخر، وهو ما سنعرض لبيان أحكامه.

وقد عرف (قندري باشا) حق الارتفاق في كتابه «مرشد الحيران»، بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر. م (٣٧) وهو تعريف لم يسبق به فيما أعلم فقيه آخر، وإن لم يخرج به عن المعنى الذي ذهب إليه الفقهاء في بيان هذا النوع من الحقوق، وهو بهذا المعنى لا يتناول إلا ما كان لعقار على عقار آخر، فلا يتناول ما يكون لبناء على بناء، ولا لبناء على عقار، لا لشخص على عقار أو على بناء أو على شخص آخر، وكذلك عرفه بعض القانونيين بأنه تكليف مرتب على عقار معين لمنفعة عقار معين آخر مملوك لغير مالك العقار الأول، ويقوم هذا التكليف على تخويل شخص حق استعمال العقار المرتفق به، أو حرمان صاحب هذا العقار من استعمال بعض حقوقه.

ويلاحظ أن هذا النوع من الانتفاع يختلف عن النوع الآخر منه الذي يثبت للأشخاص بالنظر إلى ذواتهم وأشخاصهم بما يأتي :

(١) الارتفاق لغة الانكاء على مرفق اليد، بكسر فكون ففتح، أو بفتح فكون، والارتفاق أيضا الانتفاع، يقال ارتفعت بالشئ أى انتفعت به، والإرفاق النفع، يقال أرفقت فلانا إذا نسعته. وقد استعمل المالكية اسم الإرفاق في إعطاء شخص منافع عقاره، لآخر، وكذلك وصف بعض الفقهاء بعض الحقوق التي تتعلق بمنافع العقار وثبت لعقار آخر بأنها حقوق ارتفاق.

أولاً - أن حق الارتفاق إنما يكون مقرراً لعقار بخلاف حق الانتفاع فإنه يكون مقرراً لشخص، فحق المرور من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية، ولذا ينتفع به كل من يريد الوصول إليها على أنه حق لهذه الأرض دون أن يقتصر الانتفاع به على شخص معين بخلاف حق انتفاع الموصى له بمنفعة أرض، فإنه خاص بشخصه ينتفع به على أنه من حقوقه على الوجه المشروع وينتهي بوفاته، ولذا كان من البين أنه حق تنقص به قيمة الأرض المرتفق بها، ولما ذكر كان للمتفع به حق التبع ولا يمكن فصله عن العقار المتعلق به.

ثانياً - أنه دائماً يكون مقرراً على عقار بخلاف حق الانتفاع، فإنه يكون متعلقاً بعقار، وكما في أرض أعيرت أو أوصى بمنفعتها، وقد يكون متعلقاً بمنقول كما في كتاب أعير.

ثالثاً - يرى فيه الحنفية أنه حق دائم غير مؤقت بوقت ينتهي بانتهائه، فهو دائم بدوام ما تعلق به، ولذا يتبع العقار المرتفق به والعقار المرتفق أينما انتقل، فلا يزول بتغير المالك ولا ينتهي بوفاته، ويرى بعض الفقهاء المالكية أنه يقبل التوقيت، فيجوز أن يقرر لعقار على آخر في مدة معلومة ينتهي بانتهائها.

رابعاً - أنه لازم بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به فلا يملك إنهاءه، وإبطاله، بخلاف حق الانتفاع فإنه قد يكون غير لازم لمالك العقار المتعلق به، فيملك إبطاله، كما في حق مستعير الأرض فإن لمالكها حق إنهاءه.

خامساً - أنه بالنسبة إلى صاحب العقار المرتفق به حق سلبى، فليس يطلب منه بإزائه ألا يتعرض لصاحبه فى انتفاعه به دون أن يقوم بعمل شيء، بخلاف حق الانتفاع فإنه يطلب من التزم به إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كتسليم الكتاب المعار إلى مستعيره، أو الامتناع عن معاوضة الموصى له بمنفعة الأرض فى انتفاعه بها.

وهو حق معنوى لا ينشأ إلا بين عقارين مختلف مالتهما؛ لأنهما إذا كانا لمالك واحد كان انتفاع أحدهما بالآخر ثمرة من ثمرات الملكية، ولا يشترط فى وجوده تلاصق العقارين. بل يجوز أن يكون لعقار على عقار آخر غير ملاصق له من المرور أو حق الشرب أو المجرى.

وقد تدق التفرقة عند إنشاء الحق فيتردد النظر بين اعتباره حق ارتفاق واعتباره التزاما شخصيا، وعند ذلك يجب التزام صدر من صاحبه مراعى فيه قيامه شخصيا به، لا يستقص به ملكه ويتقيد بشخصه، والتزام أريد به الحد والانتقاص من عناصر ملكه، ففي الحال الأولى يكون الالتزام شخصيا، وفي الحال الثانية يتقرر به حق ارتفاق متعلق بعقار الملتزم ولا يتقيد بحياته، والأمر في ذلك يرجع إلى ظروف كل نزاع وتقدير القضاء تبعا لذلك، فمن اشترى أرضا من آخر على أن يزرعها قصب سكر، لتوريده لمعمل السكر الذى يملكه بائع هذه الأرض المشتراة، فليس يتولد عن هذا العقد حق ارتفاق على هذه الأرض، لأن الالتزام فيه التزام شخصى محض، ولكن إذا اشتراها على أن يترك بجوار العمل جزءا منها ليعد مطرحا لفضلات القصب تولد عن هذا الالتزام حق ارتفاق المعمل على هذه الأرض بجمع فضلاته وتخزينها فى جزء منها.

أسباب ثبوت هذه الحقوق :

أولا - الشركة العامة ، فمرافق البلد العامة ، كطرقها وأنهارها ومصارفها عليها حقوق ارتفاق لكل عقار متصل بها، فلكل منزل أشرع بابه إلى طريق علم حق ارتفاق عليه هو حق المرور، ولكل أرض زراعية اتصلت بمروى علم حق ارتفاق عليه هو حق الشرب، أو اتصلت بمصرف علم حق ارتفاق عليه هو حق المسيل، ومنشأ هذه الحقوق فى هذه الحال هو الشركة العامة فى هذه المرافق.

ثانيا - اشتراطها فى عقد معاوضة، فإذا اشترى شخص أرضا هى جزء من أخرى على أن يكون لها حق شرب أو حق مرور على باقىها كان للمبيع حق المرور أو حق الشرب تنفيذا للشرط.

ثالثا - الالتزام بها من مالك الأرض المرتفق بها على وجه التبرع عند المالكية، فيلزم به المتبرع بناء على التزامه، سواء أعطاه على الأبد، وعند ذلك يكون مؤبدا، أم أعطاه إلى مدة وعند ذلك يتوقف وينتهى بانتهاؤها، وفى هذه الحال لا يجوز له عندهم أن يرجع قبل انتهاؤها.

رابعا - الإلزام بها شرعا أو قانوناً : فمن الحال الأولى ما حدث به مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض

(أى ساق قناة من مسيل ماء بقرب المدينة) وكان بين هذه القناة وأرض الضحاك التى يريد ريبها أرض لمحمد بن مسلمة، فأراد الضحاك أن يمر بالقناة فمنعه محمد ابن مسلمة، فاحتج عليه الضحاك قائلا له: لم تمنعنى ولك فى القناة منفعة تشرب منها أولا وآخرا، ولا يضرك مرورها، وأرضى فى حاجة إليها؟ فأبى محمد عليه ذلك فشكاه الضحاك إلى عمر بن الخطاب، فسأله عمر: لم تمنعه ولك فيها منفعة تسقى منها أولا وآخرا وهى نافعة لجارك ولا تضرك؟ فقال محمد: لا والله لا تمر، فقال عمر: لتمر ولو على بطنك، وأمر عمر الضحاك أن يمر بها ففعل، وذلك نتيجة كما يظهر لثبوت حق ارتفاق على أرض محمد بن مسلمة لأرض الضحاك بحكم الشرع^(١).

ومن الحالة الثانية ما تقرره القوانين من حقوق الارتفاق مراعاة للمنفعة انعاما أو لمصلحة الأفراد، مثل ما يكون منها للتمكن من الوصول إلى شواطئ البحار وضاف الأنهار، ومثل القيود الموضوعة على المالكين المجاورين للطرق العامة بعدم البناء على مسافة معينة منها. والقيود الموضوعة على ملاك العقار فيما يختص بصرف مياهه إلى المصارف العامة ومرور مصارف هذه المياه فى الطرقات.

ومما ينبغى ملاحظته أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرقون فى الحكم ولا فى الوضع بين حق انتفاع مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر بنص قانونى وحق تقرر بإرادة مالك العقار المرتفق به، ففي الحالين يسمون هذا الحق حق ارتفاق وحكمهما واحد، أما رجال القانون فيجعلون حالة ثبوت الحق بنص قانونى من حالات حق الملكية، وبيان نوعها الناشئ عن وجود الملك فى ظرف معين بينه القانون، فكان معياراً عاماً وبيانا لكل ملكية توجد فى هذا الظرف، بينما يرون أن حق الارتفاق ليس إلا عبئا استثنائيا على الملكية يتقرر بإرادة صاحبه ولا يتناول سواها.

خامسا - وقد ينشأ حق الارتفاق نتيجة لوضع العقارين المرتفق به والمرتفق بحسب الطبيعة، بأن يكون العقار المرتفق أعلى من العقار المرتفق به فيسيل ماء العقار المرتفق إلى العقار المرتفق به، كمياه الارتشاح ومياه الأمطار. فى مثل هذه الحالة يثبت للعقار المرتفع حق الصرف على العقار المنخفض بحكم الطبيعة.

(١) ارجع إلى الباجي، شرح الموطأ، ج ٦، ص ١٥.

سادسا - القدم وذلك عند الجهل بسبب الحق ، والقدم فى الواقع ليس منشأ للحق ، ولكن حين يمضى الزمن على حق ارتفاق قائم دون اعتراض من مالك العقار المرتفق به فإن سكوته فى هذه الحال مع مضى الزمن يعتبر منه رضا بالحق وتبرعا به ، أو إقرارا له باستناده إلى سبب صحيح يعرفه . والقاعدة أن القديم يبقى على قدمه لظهور أنه كان بناء على سبب صحيح ، لبقائه زمنا طويلا دون اعتراض ، وذلك ما لم يظهر أنه قائم على سبب باطل وعذر ذلك يزال ، واختلفوا فى تقدير المدة التى تمضى على هذا الحق ، فقليل أربعة أعوام ، وقيل أكثر كما فى التبصرة .

ولست حقوق الارتفاق بمحصورة إذ إنها كثيرة العدد تختلف باختلاف موضوعاتها وأسبابها وما يراد منها ، فمنها ما يتعلق بالمياه باستعمالها وصرفها وسقى الأراضى والبساتين ، كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل ، ومنها ما يتعلق بتحسين المباني وتوفير الهواء والشمس لها ، كترك الأرض بدون بناء عليها بجوار الطرقات أو بجوار المنازل ، كالوصول فى ارتفاع المباني إلى حد معين دون زيادة عليه ، وكعدم إقامة مصانع أو محال مقلقة للراحة فى مكان معين . ومما يتصل بهذا الموضوع بيان أحكام حق الشرب والانتفاع بالماء فى الرى .

حق الشرب :

الشرب بكسر فسكون ، النصيب من الماء ، ومنه قوله تعالى لثمود فى ناقة صالح : «هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم»^(١) . وكذلك يطلق على زمن الشرب ، ويستعمله الفقهاء فى المعنيين ، فتارة يريدون به النصيب المستحق من الماء ، وتارة يريدون به نوبة الانتفاع بالماء ، سقيا للشجر أو الزرع ، أى زمن الانتفاع به لهذا الغرض .

ويلحق بهذا الحق ما يسمى بحق الشفة ، وهو حق الشرب بضم فسكون ، والمراد به حاجة الإنسان إلى الماء ؛ لشربه وانتفاعه به فى منزله ، وشرب دوابه ،

(١) سورة الشعراء ، ١٥٥

وتنقسم المياه بالنسبة إلى هذين الحقين إلى ثلاثة أقسام :

الأول : ماء المجارى العامة التى ليست مملوكة لأحد ، كماء الأنهار العظيمة ، مثل النيل والترع المتفرعة منه .

وهذه المجارى تعد مرفقا عاما يثبت فيه لجميع الناس حق الشفة ، كما يثبت لكل أرض اتصلت به حق الشرب على وجه لا يترتب عليه ضرر بين ، فيستفع الناس بمائها ، سقيا لأراضيهم وشربا لدوابهم ، ونقلًا واستعمالا لحاجتهم ، سواء أكان ذلك بشق جداول منها فى أرضهم المتصلة بها أم بفتح كوى أو منافذ فى حوافها أو بنصب آلات رافعة عليها ، ما دام ذلك لا يضر بسائر الناس باستنفاد مائها ، أو بالحيلولة دون حق من حقوقها ، لأن ماءها شركة بين جميع الناس ، وشركة الناس فيها شركة بإباحة لا ملك ، لعدم إحرازها فكان الناس فيها سواء ، ولكن إذا أحرز شئ من هذا الماء كان ملكا لمحرزه وامتنع بذلك الإحراز على غيره إلا بإذن من مالكة ، فمن أخذ ماء من مجراه كان ملكا له ، لما رواه أبو عبيد : نهى النبى (ﷺ) عن بيع الماء إلا ما حمل منه ، وكان هذا مخصصا لقوله (ﷺ) : «الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلاء ، والنار» .

الثانى : ماء المجارى والينابيع المملوكة ، وهى التى ينفجر ماؤها فى أرض مملوكة ، أو التى يحدثها شخص فى ملكه أو فى أرض موات له حق إحيائها ، ويرى مالك أن البئر إذا حفرت فى أرض موات لا تكون ملكا لحافرها إلا إذا أشهد على ذلك عند حفرها ، ويرى الحنابلة أن الماء إذا سيق من نهر غير مملوك إلى مجرى مملوك كان ملكا للمالك المجرى بسبب حيازة مكانه ، أما إذا انفجر الماء فى أرض مملوكة بسبب حفر ، فلا يكون مملوكا لمالك الأرض ؛ لحديث : الناس شركاء فى ثلاثة . ولكن يكون أحق به من غيره ؛ فيأخذ منه حاجته أولا فإذا فضل منه شئ بعد ذلك لم يمنع عن طالبه ، ومثله فى ذلك معادن الأرض السائلة .

ويرى الحنفية أنه إذا انفجرت عين ماء فى أرض مملوكة لشخص كانت العين ملكا له إذا كان مكانها مملوكا له من قبل ، وكذلك الحكم إذا شق إنسان فى أرضه مروى خاصا به ، وحفر فيها من داره بئرا فلا يكون لغيره ملك فى رقبة المجرى أو البئر ، ومثل هذا فى الحكم أن يحفر إنسان بئرا فى أرض موات له حق إحيائها ، أو يشق مجرى فيها يصلها بالنهر فإن البئر أو المجرى فى هذه الحالة يكون ملكا للحافر

بحيازته، وهذا هو الفرق بين هذا القسم وسابقه فمكان الماء فى هذا القسم مملوك، ومكانه فى الآخر غير مملوك، لغلبة الماء عليه، والماء فى القسمين غير مملوك للمالك مكانه، بل شركة بين الناس ولا يعد محوزاً بحيازة مجراه لسبيين :

الأول - أن هذه المجارى والينابيع إنما أعدت لتكون طريقاً لوصول الماء إلى الأرض المحتاجة إليه، ولم تتخذ فى العادة وسيلة لحيازته، ومثل الماء فيها مثل طير اتخذ له عشا فى دار إنسان، وليس وجوده فيه سبباً لحيازة صاحب الدار إياه، فكذلك الماء فى هذه المجارى .

الثانى - غلبة الماء فيها إلى درجة تحول دون حيازته إذ إن جريانه فيها باستمرار مع تنوعه ورشحه على الدوام ما دام الأخذ منها مستمرا يجعلها كمجرى متصل بالنهر، وذلك لاتصال مائها بماء الأرض بواسطة العين أو بماء النهر الذى تنفرع منه، فكان منبعها شبيها بالكوة فتحت فى حافة النهر، لينصب الماء منها فى مجرى فلا يعد بذلك محوزاً. ويضاف إلى هذين السببين أن الحاجة إلى ماء هذه المجارى والينابيع متجددة دون انقطاع، لطلبه من المارين والمسافرين، وليس فى الأخذ منها ضرر بأصحابها، وفيه حياة المحتاج إليها وحياة راحلته، فكان من المصلحة أن يكون مباحاً لا يمنع منه أحد ما دام لم يلحق بأصحاب هذه المجارى والآبار ضرر من ذلك، وذهب كثير من المالكية إلى أن ماء هذه الأماكن يكون مملوكاً للمالكها؛ لحيازته إياه بواسطتها، فقد نقل عن ابن رشد : ما كان من الماء فى أرض مملوكة، سواء منه ما كان مستنبطاً مثل عين يستخرجها أم غير مستنبط، فمالك الأرض أحق به ويحل له بيعه، وله أن يمنع الناس منه إلا بثمنه إلا أن يرد عليه قوم لا يستطيعون دفع ثمن له، ويخشى عليهم الهلاك إن منعوا منه فحق لهم ألا يمنعوا منه فإن منعوا كان لهم أخذه بالقوة .

وفى العقد المنظم أن الماء إذا كان يسيل من الجبال فى أرض موات فهو مشترك، وإن كان يسيل أو ينبع فى أرض مملوكة فهو لصاحب الأرض يرسله متى شاء ويمنعه متى شاء . أ. هـ .

وهذه المجارى إن أحدثها شخص فى ملكه، ليرويه منها ثم باع منه بعضه مع حقوقه ومرافقه، فإن الأرض المبيعة يكون لها حق من شرب عليها دون أن يكون للمشتري ملك رقبته .

ذلك ما يتعلق بحق الشرب، أما ما يتعلق بحق الشفة فإنه لا يخص الشخص دون آخر، فيكون لكل محتاج أن يأخذ من ماء هذه المجارى والينابيع حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزل، ولا يجوز أن يسقوا أرضهم منه، لما فى ذلك من الضرر بأصحابها، وذهب مشايخ بلخ إلى حظر نقله للاستعمال المنزل؛ لأن ذلك قد يأتى على أكثره فيضر بأصحاب الحق فيه، وعلى أية حال فإن الأساس فى ثبوت هذه الحقوق على مجارى المياه والانتفاع بها عدم الإضرار بسائر أصحاب الحقوق، ولصاحب الحاجة أن يسلك إليها ما يعترضه من أرض لأصحابها أو لغيرهم إذا لم يكن له طريق إليها سوى ذلك، ولم يجد حاجته من الماء فى غيره من الأنهار والمجارى العامة، وليس لأصحاب الأرض منعه من سلوكها إلا أن يخرج إليه منها حاجته من الماء، وإلا أجبر على ذلك، كما يجبر على إعطاء مطالبه عند الحاجة إليه إذا ما منعه من غير حق، حتى كان لطالبه إذا ما اضطر إليه أن يقاتل عليه؛ محافظة على حياته.

الثالث - الماء المحوز، وهو ما حازه صاحبه فى آنية أعدت لذلك، كالحياض والصهاريج، ويعد هذا الماء ملكاً لمحرزه، شأنه شأن كل مال مباح يملك بإحرازه، وعلى ذلك فليس لأحد أن ينتفع بهذا الماء إلا بإذن من مالكة، ولكن عند العطش وخوف الهلاك منه يجب بذله؛ دفعا للهلاك متى كان مالكة غير محتاج إليه؛ لدفع الهلاك عن نفسه، ويقا تل مالكة عليه إذا منعه من غير حق، ولكن بغير سلاح حتى لا يؤدى ذلك إلى قتل إنسان حال دفاعه عن ماله فإذا أخذه كان عليه ضمان قيمته.

ذلك ما يتعلق بأحكام المياه ونظام الانتفاع بها فى الشريعة الإسلامية، وهى أحكام عامة أسست على أساس توفير المصلحة ومنع الضرر، أما الأحكام التفصيلية فإنها تختلف باختلاف البلاد وأوضاعها وأعرافها، وذلك بحسب طبيعة أرض كل بلد وموارد المياه فيه، وذلك ما وضعت لتنظيمه فى كل بلد قوانين ولوائح روعى فيها حال كل بلد مما يكفل العدالة وحسن التوزيع والنظام ودفع الضرر، ومن ثم كانت جميع هذه الأحكام فى تفصيلها مطابقة لما أقرته الشريعة الإسلامية من قواعد وقيود محققة لما هدفت إليه من أغراض وما قصدت إليه من مصالح، وليس المقام مقام دراسة لقانون الرى والصرف الذى صدر فى سنة

١٩٥٣؛ لأن ذلك من خصائص العاملين الفنيين في هذا المجال، وإنما الذي يعنينا أن نشير إشارة إجمالية إلى ما يتعلق بقيود الملكية التي نص عليها في القانون المدني المصري، فقد استمدت منه القوانين في البلاد العربية أحكامها، ولم تخرج عنه إلا بسبب اختلاف الحال فيها بالنسبة إلى الأرض ومنابع الماء ووسائله عن أمثالها في مصر.

وعناد الرى في مصر النيل، والترع العامة، وكذلك المصارف العامة، وقد نص في قانون الرى والصرف على أن كل مجرى معد للرى أو الصرف تكون الدولة قائمة بنفقات صيانه، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال أو فروعها؛ ترعة عامة أو مصرفا عاما، حسب اختلاف الأحوال، وكذلك ما تنشئه الدولة من هذه المجارى بوصفها ترعة عامة أو مصرفا عاما وتدرجها في سجلاتها بهذا الوصف، كما يجوز أن يعتبر أى مصرف خاص أو مسقا خاصة عاما بمرسوم ينص فيه على ذلك، وفي اعتبار هذه المجارى من الأملاك العامة تقرير حق الانتفاع بها على قدم المساواة للكافة، وذلك في الحدود التي يقرها القانون.

اما ما ينشئه الأفراد في أراضيهم من المساقى والمصارف فهي ملك لهم، والقاعدة فيها أن لهم وحدهم حق استعمالها، ولكن الشارع أورد في شأنها قيودا نصت عليها المواد من (٨٠٨) إلى (٨١١) نذل عليها بإجمال على أن من أنشأ مروى خاصا طبقا للشروط والأوضاع التي يقرها القانون يكون مالكا له. وله وحده حق استعماله، وإذا تعدد ملاكه كان لكل مالك أن يأخذ من مائه بنسبة مساحة ما يملكه من الأرض، وللملاك الأراضى المجاورة لهذا المروى أن ينتفعوا به في رى أراضيهم بعد استيفاء حاجة مالكه منه، وبناء على ذلك تقرر حق الشرب للأراضى المجاورة للمروى الخاصة المملوكة للغير. وقد نصت المادة (١٤) من قانون الرى والصرف على اعتبار الأراضى التي يمر فيها مروى أو مصرف خاص محملة بحق ارتفاق للأراضى الأخرى التي تنتفع بهما ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وهذا ما لا يختلف مع ماذهب إليه فقهاء الشريعة.

ومما يلاحظ أن نفقات صيانة المروى أو المصرف، وحفرهما وإصلاحهما تكون على جميع المتفعين بهما، بنسبة مساحة أراضيهم المنتفعة مع مراعاة أن قيمة الجزء من الأرض الذى يشغله المصرف أو المروى لا يساهم فيها أصحاب الأراضى

المجاورة التى لا يمر فيها المروى أو المصرف؛ ومن ثم لم يكن لهم ملك فى رقبتهما، وإنما كان لهم حق ارتفاق عليهما.

حق المجرى :

هو حق إجراء الماء المستحق شربا وإمراره فى أرض إلى أخرى لسقيها، وقد يكون هذا الحق مقررا على مجرى فى أرض لشخص؛ لكى يمر الماء منه إلى أرض لشخص آخر، كما قد يكون المجرى فى بعض الأحوال مملوك الرقبة لغير صاحب الأرض التى يمر فيها، وقد يكون لواحد أو لأكثر، وعلى أية حال فليس لصاحب الأرض التى يمر فيها المجرى أن يمنع مرور الماء فيه، ولا أن ينقله من مكانه فى الأرض إلى مكان آخر منها إلا برضا أصحاب الحق فيه، وهذا محل خلاف بين الفقهاء؛ فقد ذهب بعضهم إلى جواز ذلك من صاحب الأرض التى يمر فيها المجرى إذا لم يكن من وراء نقله ضرر وكان فيه منفعة، وقد روى فى ذلك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أنه قال : كان فى حائط (بستان) جدى ربيع (ساقية) أو (مروى) لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله من مكانه إلى ناحية أخرى من الحائط [البستان] هى أقرب إلى أرض عبد الرحمن بن عوف، فمنعه صاحب الحائط من ذلك، فشكاه عبد الرحمن إلى عمر بن الخطاب، ف قضى عمر لعبد الرحمن بن عوف بتحويله حيث لم ير فى ذلك ضررا بصاحب الحائط، وفيه منفعة لصاحب الحق منه وهو عبد الرحمن بن عوف، ومع رواية مالك لهذا الأثر لم يأخذ به، واشترط فى جواز نقله رضا أصحاب الحق فيه، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة، وروى عن مالك جواز ذلك وإن أبى أصحاب الحق إذا انتفى الضرر وتحققت المصلحة. وبه أخذ ابن نافع وعيسى بن دينار.

ولصاحب الأرض التى يمر فيها المجرى أن يطالب أصحاب الحق فيه بإزالة الضرر البين الذى يصيبه منه بأية وسيلة من الوسائل ولو استتبع إجراؤها نفقة منهم، ويستتبع حق المجرى حق مرور المتفع به على حافته؛ لإصلاحه وكرهه وإزالة ما يعوق سير الماء فيه.

وهذا الحق لا يثبت إلا بسبب من الأسباب التى بينها فيما سبق، وقد جاء فى المادة (٨٠٩) مدنى مصرى، و(٨١٨) لیبى، (١٥٨) عراقى، و(٩٠٨) سورى

ما يدل على أنه يجب على مالك الأرض الواقعة بين مجارى المياه العامة والأراضى التى ليس لها طريق إليها بأن يسمح بمرور المياه الكافية لرى تلك الأراضى البعيدة عن موارد المياه، وأن يسمح كذلك بمرور مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لأرضه؛ لتصب من أقرب مصرف عمومى متصل بأرضه، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا، ومن ذلك يرى أن حق المجرى قد قدره القانون لصالح الأراضى البعيدة عن موارد المياه وعلى الأراضى التى تفصلها عن هذه المصارف العامة، وذلك بإنشاء مجرى فيها تمر منه مياه الرى أو الصرف بعد دفع التعويض العادل عن إنشاء ذلك المجرى، ولا يشترط أن تكون المياه المطلوب مرورها من أرض الغير ضرورية لدى الأراضى البعيدة، بل يكفى أن تتحقق الحاجة إليها؛ لعدم وجود الماء الكافى لديها على الوضع المعتاد، أما إذا كان لا يوجد طريق آخر يكفى لريها ريا معتادا فلا يثبت لأصحابها هذا الحق.

ويلاحظ أن أرض الغير التى يمر فيها المجرى بموجب ماتقدم يثبت لها حق الشرب عليه أو حق الصرف، ولكن بعد استيفاء صاحب المجرى حقه منها، ولاشك أن هذا يتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء أيضا مما دل عليه الأثر المروى عن الضحاك عن خليفة حين أراد أن يشق مجرى فى أرض محمد بن مسلمة.

حق المسيل :

هو حق صرف الماء الزائد على الحاجة أو غير الصالح بإمراره فى مجرى أعد لذلك حتى يصل إلى مقره من مصرف أو مستودع، وقد يكون هذا المسيل من ملك خاص بأن يكون لإنسان حق إمرار ما يفضل عن منزله أو أرضه من ملك جاره، كما يكون عاما، وقد يكون ظاهرا على سطح الأرض أو مستترا فى باطنها، وقد يكون ملكا لصاحب الأرض المار فيها، كما يكون ملكا لصاحب الماء الفاضل أو غير الصالح، ويجب على صاحب الحق فيه أن يحول دون ضرره لغيره، وليس يبطل هذا الحق بتغير حال العقار الذى يمر فيه من أرض زراعية إلى دار أو نحوها؛ لأنه حق ملازم للعين كيف كان وضعها، ونفقات إصلاحه على صاحب الحق فيه، ولذا كان له الدخول من ملك غيره لهذا الغرض، وليس لصاحبها أن يمنعه من ذلك إلا أن يقوم هو بالإصلاح من ماله، وعلى هذا فلا يرى فرق بين أحكام المسيل والمجرى، سواء من الناحية الشرعية أم القانونية.

حق المرور :

إنما يعد قيذا فى الملكية حق مرور إنسان فى ملك غيره سواء أكان فى طريق مملوك للغير أم مملوك للماء، ولكنه يخترق أرض غيره، ويعد الطريق فى هذه الحال خاصا فليس لغير صاحب الحق فى المرور به أن يمر به، وحق المرور فيه يثبت إما للملكه أو لغير مالكة ممن ثبت له الحق فى أن يمر به بسبب من الأسباب التى تقدم بيانها، وإذا كان الطريق الخاص مملوكا لعدة أشخاص واقتصر حق المرور فيه عليهم كان لكل من الشركاء أن يرتفق به بفتح ما يشاء من أبواب ونوافذ ما لم يضر ذلك بغيره، كأن يفتح عليه نافذة تشرف على دار جاره فيكشف نساءه وعوراتة، على ما ذهب إليه جمهور المالكية ومن رأى رأيهم، وليس للشركاء فيه أن يتفقوا على سده أو إزالته؛ لأن فى ذلك اعتداء على حق يثبت لعامة الناس منذ إنشائه وهو التجاؤهم إليه عند الزحام إلا إذا كان عليه باب يحول دون المرور فيه إلا بعد فتحه، فإن وجود هذا الباب يمنع من ثبوت هذا الحق للعامة.

وتقييد حق الملكية بما يترتب على ثبوت حق المرور فى العقار المملوك من أحكام ليس محلا لخلاف بين الشريعة والقوانين من ناحية المبدأ، ولا يختلفان إلا فى التفصيل والتفريع؛ تبعا لاختلاف الأوضاع والأحوال، غير أن الذى يلاحظ أن القوانين فى البلاد العربية قد جعلت للأرض المحبوسة عن الطريق العام أن تحصل على ممر فيما يجاورها من الأراضى للوصول إليه، استثناء مما للمالك من حق فى أن يكون له وحده الانتفاع بما يملك، وذلك منعا للضرر الناشئ من عدم استغلال الأرض عند حبسها، وعدم الانتفاع بها الانتفاع العادى المطلوب منها، حتى يمكن بذلك استغلالها استغلالا معتادا فى أمثالها، وعلى ذلك فليس يثبت هذا الحق إذا ما أريد منه تحقيق أغراض أخرى فيها، مثل إقامة مبان أو مصانع، وليس يلزم فى هذه الحال أن يكون انحباس الأرض انحباسا كلياً، بل يكفى فى اعتبارها منحبسة أن يكون طريق الوصول إليها كافيا للقيام باستغلالها، كأن تكون أرضا زراعية ليس لها إلا ممر لا يسمح إلا لمن يقصدها راجلا دون دابة معه، ويشترط ألا يكون هذا الانحباس راجعا إلى فعل مالك الأرض المحبوسة، فإذا نشأ عمل من ناحيته لم يكن له هذا الحق، سواء أكان عملا إيجابيا كإقامة بناء سد به ما كان له من طريق، أم عن عمل سلبى، كأن كان منه ما ترتب عليه سقوط حقه فى الاستطراق إليها

من طريق خاص، وسواء أكان عملاً مادياً كسد الطريق أم عملاً قانونياً، كأن كان نتيجة لقسمة أرضها ولم يراع فيها أن يكون له طريق إليها إذ له عند ذلك أن يطلب الممر فى باقى أجزاء العقار المقسوم فقط، وقد جاء هذا الحكم فى المادة (٨١٢) مدنى مصرى والمواد (٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩) مدنى سورى والمواد (٧٤، ٧٥، ٧٦) من تفتين الملكية اللبنانى والمادة (١٠٥٩) مدنى عراقى والمادة (٨٢١) مدنى لىبى.

وليس فيما اطلعت عليه من المراجع الفقهية الإسلامية تعرض لمثل هذا الموضوع، ولكنه لا يتنافى مع الأصول الشرعية التى تقوم على منع الضرر وعلى منع سوء استعمال الحق، كما أنه يمكن أن يجعل ما قضى به عمر رضى الله عنه فى أرض محمد بن مسلمة من مرور الماء فيها إلى أرض جاره، لسقيها أساساً للقضاء فى مثل هذه الحال بحق المرور فى الأرض المجاورة منعاً للضرر بعدم استغلالها.

القيود الإرادية :

تكلمنا فيما مضى على ما يرد على حق الملكية من قيود لا ترجع إلى إرادة المالك، مقتصرين على ما عرض له الفقهاء الإسلاميون من هذه القيود وهى دون ما عرض له التشريع الوضعى من حيث العدد والحصص، وإن كان المروى فيها جميعها واحداً، وهو منع الضرر ورفع ما يحول دون قيام الملكية بأداء ما يطلب منها فى سبيل المصلحة العامة والمصالح الخاصة وذلك هو عماد الملك وأساس تنظيمه.

والآن نعرض فى إجمال للقيود التى ترد على الملك نتيجة لإرادة المالك ومشيتته، وقد عنى الفقهاء ببيان ما للملك من آثار وأحكام أقرها الشارع الإسلامى، ورتبها عليه، فكان منها ما جعلها لازمة له، ومسببة عنه لا تنفك عنه ولا تزايله كالقدرة على التصرف إلا لمانع، وكالانتفاع بالعين المملوكة على وجه الإجمال لا على وجه الشمول والتفصيل بالنسبة لجميع الأوضاع والأحوال، وكان منها ما جاز شرعاً ألا يكون أثراً للملك ولا مرتباً عليه، كالتصرف بالهبة فيما يشتره شائعاً، فى عقار لا يقبل القسمة. وكان من نتيجة ذلك اختلاف الأوضاع فى الملك، فمنه ملك تثبت له جميع آثاره وأحكامه، وهو الملك الثابت بعقد

الشرء الخائى من الشروط المقيدة، ومنه ملك ليس له كل أحكام الملك وصفاته، كملك أم الولد، إذ ليس لملكها أن يبيعها، وكملك العين المرهونة وملك الدين وملك الموقوف على القول بأنه مملوك للواقف أو للموقوف عليه، ونحو ذلك مما اختلف فيه الأوضاع والأحكام من الأملاك، تبعاً لاختلاف أسبابها من العقود وما يشترط فيها من شروط اختلف الفقهاء فى صحة اشتراطها، وإلزام المتعاقدين بمقتضياتها، إذ إن من الفقهاء من توسع فى صحة الاشتراط فأجاز كل شرط لم يرد فيه حظر، وألزم به المتعاقدين إذا ما اشترط فى عقد البيع، فثبت للمشتري به ملك مقيد فى المبيع بالنسبة لتصرف المشتري فيه إن قيد بألا يتصرف فيه برهن أو بإجارة، كما إذا اشترى شيئاً فاشترط عليه ألا يرهنه أو لا يؤجره، أو بالنسبة لانتفاعه به إن قيد انتفاعه به بنوع من الانتفاع، كمن اشترى أرضاً فاشترط عليه ألا يزرعها أو أن يتركها فضاء، أو اشترى بنية فاشترط عليه ألا يرفع بناءها عما هى عليه، فمثل هذه الشروط يرى من الفقهاء من منعها، ومنهم من أجازها، كما إذا اشترى عبداً على أن يعتقه، أو أرضاً على أن يجعلها مسجداً، كما يرى أن من الفقهاء من منع اشتراط أى شرط يخالف مقتضى العقد، ومخالفة مقتضى العقد عند هؤلاء تختلف باختلاف أنظارهم، فمنهم من يراها مخالفة للغرض الأصلى الذى من أجله شرع العقد، ومنهم من يراها مخالفة لكل حكم يرتبه الشارع على العقد، وبناء على ما ذكر كان ما يترتب على عقود التمليك من الملك مختلف الحكم، من حيث الإطلاق والتقييد، وكانت النتيجة من اختلاف نظر الفقهاء فى جواز الشروط اختلافهم فيما يصح أن تقيد به الملكية من الشروط، وما لا يصح أن تقيد به منها، ويكفي هذا الإجمال بياناً لما تنقيد به الملكية من قيود ترجع إلى إرادة المالك، وأن هذه الإرادة ليس لها عند الفقهاء السلطان المطلق فى هذا المجال، بل إنها تنقيد بقيود ترجع إلى القواعد العامة، أو إلى العرف أو إلى المصلحة، وبيان ذلك تفصيلاً موضوعه عند الكلام على الاشتراط فى العقود.

ذلك ما يتعلق بما ذهب إليه فقهاء الشريعة، أما التشريع الوضعى فى البلاد العربية، فقد عرض لهذا الموضوع على خلاف الصورة التى بحث عنها فى الفقه الإسلامى، إذ نحا الفقه الإسلامى فى هذا منحى عاماً تناول فيه الاشتراط المانع من التصرف بصفة عامة، سواء أكان خاصاً بمنع نوع معين من التصرف أم بمنع

التصرف مطلقا وناطه بما شرحناه آنفا، في حين أن التشريع الوضعي إنما عرض لهذا الموضوع في صورته الشاملة المانعة من التصرف مطلقا، فنص في المادة (٨٢٣) مدني مصري على أنه إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة. ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير، كما نص في المادة (٨٢٤) على أنه إذا كان المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلا.

وعلى ذلك اتجه التشريع الوضعي إلى إجازة هذا الاشتراط المقيد للملكية تقييدا يتعارض مع آثارها وأحكامها إذا ما دعت إليه مصلحة جدية مشروعة لمن اشترطه أو لمن اشترط عليه أو للغير؛ وترك إلى القضاء تقدير هذه المصلحة، واعتبارها مبررة لهذا الاشتراط الاستثنائي، وأوجب مع ذلك أن يكون هذا التقييد لمدة معقولة، فلا يجوز أن يكون مؤبدا وإلا كان الاشتراط باطلا؛ لأنه لا يجعل للملكية حينئذ أثرا يذكر، وللمحكمة تقدير ما إذا كانت المدة مقبولة ومعقولة أم لا. أما إذا كان الاشتراط وارداً على نوع خاص من التصرف دون بقية أنواعه فإنه حينئذ يكون خاضعا للقواعد العامة والخاصة بالاشتراط في العقود.

قسمة الملكية بالنظر إلى صورتها

ذكرنا فيما سبق^(١) أن الملكية تنقسم بالنظر إلى صورتها قسمين :

(أ) ملكية متميزة .

(ب) ملكية شائعة .

وأن المتميزة ما كانت لشخص واحد في عمل معين شاملة لجميع أجزائه ، كملكية دار أو طبقة معينة من طبقات دار ذات طبقات أو قطعة أرض محددة أو دين في ذمة مدين أو منفعة دار معينة .

وأن الشائعة ما تعلقت بجزء نسبي غير محدد من شيء مملوك لأكثر من واحد نتيجة اشتراك فيه دون إفراد ، فكان كل جزء منه مملوكاً لأكثر من شخص بنسب معينة كسدس وثلاث ونصف سواء أكان ذلك الجزء كبيراً أم صغيراً ، وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بالحصة الشائعة في الشيء المملوك المشترك ، وذلك لشيوع هذا الجزء وانتشاره في جميع هذا الشيء فكان كل جزء منه صغر أو عظم غير مختص بشريك من الشركاء بل يشتركون فيه جميعاً .

وهذه القسمة على اتفاق بين التشريعين الإسلامي والوضع ، غير أنه يلاحظ ما بينهما من اختلاف في المقسم فهو في التشريع الوضعي حق الملكية ، وهو حق لا يصلح أن يكون محلاً له إلا العين المشخصة المعينة . فلا تصلح المنافع ولا الحقوق محلاً له . وعلى ذلك لا يكون إلا في عين مشخصة سواء أكان متميزاً أم شائعاً .

وهو في التشريع الإسلامي الملك بمعنى الاختصاص الحاجز على ما بينا فيما سبق ، وهو يكون في الأعيان وفي المنافع والحقوق - وعلى الجملة وفقهاء الإسلام يرون أن كل ما يتناوله اسم المال في اصطلاحهم يصلح أن يكون محلاً للملك بنوعيه ، وما لا يتناوله اسم المال إن كان عيناً لا يصلح أن يكون محلاً له . وإن كان غير عين كان منه ما يصلح لذلك وهو ما أبيح الانتفاع به كمنافع الأعيان في رأى الحنفية وغيرها من الحقوق التي أباح الشارع الانتفاع بها . ومنه ما لا يصلح لذلك وهو ما لم يبح الانتفاع به شرعاً .

(١) صفحة ٦٧ من الجزء الأول المطبوع سنة ١٩٦٦ .

أما رجال القانون فيرون أن الذى يصلح أن يكون محلاً لحق الملكية بنوعيه هو الأعيان المشخصة، ثم هم مع ذلك يرون أن الشيوع ليس عرضاً خاصاً بحق الملكية بل يكون فى غيره من الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع فى حالة ثبوته لأكثر من واحد دون تمييز بينهم فى محله، كما إذا أوصى لأكثر من شخص بحق انتفاع فى أرض أو تملك أكثر من واحد بعقد واحد حق انتفاع أرض على وجه الاشتراك. غير أن القانون لم يعن إلا بتنظيم حق الملكية الشائع لأنها الحال الكثيرة المتعددة فى الوجود.

ويلاحظ أن الحق الشخصى وإن كان حقاً مالياً فى نظرهم لا يعدونه عند الاشتراك فيه من الحقوق التى يثبت فيها الشيوع بين الشركاء فيه؛ لأنه بطبيعته يعد منقسماً بينهم إذا ما كان قابلاً للانقسام وإلا كان محلاً للشيوع. فحق تسلم عين مشتركة بين متعددين إذا ما كانت لا تقبل القسمة حق شائع فيها بالنظر إلى كل شريك فيها، بخلاف الحق فى دين مشترك بين أكثر من واحد فى ذمة شخص واحد. وعلى أية حال فحق الشريك الشائع يرد على الشئ المملوك بنسبة حصته فيه. وإذا لم تبين حصة كل شريك فيه اعتبرت الحصص فيه متساوية. م (٨٢٥) مدنى مصرى، م (٧٨١) مدنى سورى، م (٨٣٤) مدنى لىبى، والفقرة الأولى من م (١٠٦١) مدنى عراقى. وهذا الحكم الأخير هو مقتضى قواعد الفقه الإسلامى إذا لم يكن ثمة أى دليل يدل على ما لكل شريك من الشركاء فى المال المشترك كما إذا اشترك اثنان فى الاستيلاء على صيد مثلاً.

ويوجد فى القوانين الجرمانية نظام يسمى بملكية اليد المشتركة، وفيه يكون المال المشترك مملوكاً لجميع الشركاء كجماعة دون أن يكون خاضعاً للقسمة بينهم وذلك بسبب الغرض الذى خصص له، وهو ينطبق على ملك الجماعات التى تتمتع بالشخصية الاعتبارية وعلى المشاركة المالية بين الزوجين فى النظم التى توجب هذه المشاركة بينهما فى أموالهما ما داماً زوجين، وهو نظام له أحكامه الخاصة به وهى أحكام تخالف أحكام المال المشترك بين أربابه شركة عادية. وهذا النظام لا تعرفه الشريعة الإسلامية ولا قوانين البلاد العربية^(١).

(١) الملكية للدكتور الصدة، ص ١٨٨١.

وكذلك مما ينبغي ملاحظته أنه لا يترتب على عقد الشركة في التشريع الوضعى اشتراك على الشيوع بين الشركاء فى رأس مال الشركة الذى قام كل شريك بدفع جزء منه تنفيذا لعقد الشركة، بل الذى يترتب عليه صيرورة رأس مال الشركة جميعه مملوكا ملكية متميزة للشركة باعتبارها شخصا اعتباريا له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك من الشركاء، ولا يظل ملكا لهم بل ولا يصير مشتركا بينهم على وجه الشيوع بمقدار ما دفعه كل منهم.

أما فى التشريع الإسلامى فقد اختلف الرأى :

١ - ذهب فريق من الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية إلى أنه لا يترتب على عقد الشركة بين اثنين أو أكثر اشتراك بينهم على الشيوع فى رأس المال ولا فى حصة أى منهم فيه، بل يبقى مال كل منهم على ملك صاحبه حتى إذا هلك أو فقد كان ذلك على صاحبه وبتلفه تبطل الشركة بتلف محلها. وينون رأيهم هذا على أن عقد الشركة لم يشرع لنقل الملكية ولا المعاوضة - ولكن إذا تصرف أحد الشركاء فى الشركة باعتباره وكىلا عن سائر الشركاء بمقتضى عقد الشركة فاشتري سلعة من السلع - كانت السلعة ملكا لجميع الشركاء بحكم وكالته عنهم، وكانت مشتركة بينهم - كل بقدر حصته فى رأس المال - على ما تم الاتفاق عليه فيما بينهم، وكان ثمنها المدفوع قن رأس مال الشركة على الجميع. وعلى هذا ففى الفترة بين عقد الشركة والتصرف يستمر كل شريك مالكا لحصته التى التزم بدفعها فى رأس المال، حتى إذا تم التصرف فى رأس المال المدفوع جميعه لم يبق لأى شريك ملكية متميزة فى جزء من رأس المال وكانت السلع جميعها ملكا للشركاء على وجه الشيوع كل بقدر حصته المحددة له فى عقد الشركة وهى النصف أو الثلث أو الربع فى رأس المال.

٢ - وذهب فريق آخر من الفقهاء منهم بعض المالكية وبعض الحنابلة إلى أن عقد الشركة يترتب عليه بمجرد انعقاده اشتراك الشركاء فى رأس المال إذ إنه يفيد المعاوضة بين الشركاء، وذلك ببيع كل منهم جزءا من حصته التى التزم بها فى رأس المال إلى الآخرين، فإذا انعقدت الشركة بين اثنين على أن يكونا فيها سواء - أفاد العقد بيع كل منهم نصف رأس ماله إلى صاحبه بنصف رأس ماله وتكون النتيجة اشتراك كل منهما فى رأس المال جميعه مناصفة، وإذا كان اتفاقهما على أن

يكون لأحدهما ثلث رأس المال وللآخر الثلثان - أفاد العقد المعاوضة بين ثلثي رأس مال الأول - وهو صاحب الثلث - وثلث رأس مال الآخر صاحب الثلثين؛ فتكون النتيجة اشتراكهما في رأس المال جميعه على أن يكون للأول ثلثه وللآخر ثلثاه، وعلى هذا الأساس إذا زاد الشركاء على اثنين، فإذا كانوا ثلاثة على السواء أ، ب، ج أفاد عقد الشركة بيع أحدهم وهو أ مثلاً ثلثي رأس ماله لصاحبيه ب، ج - نظير ثلث مال كل منهما، وبيع ب ثلث ماله لصاحبيه نظير ثلث ماله، ونتيجة المعاوضة الأولى أن يكون للأول - وهو أن ثلث ماله مضافاً إليه ثلث مال ب وثلث مال ج، ونتيجة المعاوضة الثانية أن يكون للشريك ب ثلث ماله وثلث مال أ مضافاً إليهما ثلث مال ج وأن يكون للشريك ج، ثلث ماله وثلث مال أ مضافاً إليهما ثلث مال ب. وهذا ما اعتمده المالكية وهو رأى فريق من الحنابلة، وبناء على هذا الرأى يفيد عقد الشركة اشتراك جميع الشركاء في رأس مال الشركة على الشيوع بينهم بمجرد عقد الشركة.

وكذلك يلاحظ أن ترتيب حق عيني على عين كحق انتفاع أو ارتفاق، لا يترتب عليه أن يكون بين صاحبي هذين الحقين وبين المالك شيوع، إذ إن هذه الحقوق حقوق مختلفة الحقيقة والمعنى، وعند الاختلاف لا يتصور الشيوع لأن الشيوع بين الحقين إنما يتحقق باختلاطهما وتداخلهما وهذا لا يتصور إلا عند اتحادهما.

أحكام الملكية الشائعة :

الشأن في الملكية أن تكون متميزة مفرر محلها الذى تركزت فيه عن غيره - ولم يكن ذلك هو وضعها دائماً، ففي حالات كثيرة وجدت الملكية شائعة بالمعنى الذى شرحناه وانتشرت فى جميع البلاد العربية والإسلامية نتيجة لوجود نظام التوارث فيها الذى يقضى بانتقال التركات من ملاكها عند وفاتهم إلى ورثتهم وهم متعددون فيمتلكونها بالاشتراك على الشيوع، وكثيراً ما يستمر وضع التركات بعد انتقالها إلى الورثة مدة طويلة من الزمن يزداد فيها عدد الشركاء على الشيوع بسبب وفاة بعض الورثة وانتقال حصصهم بالوراثة إلى ورثتهم. وكثيراً ما توجد الملكية الشائعة أيضاً نتيجة لاشتراك اثنين فأكثر فى سبب من أسباب الملكية كالاشتراك فى عقد الشراء أو فى الإنهاب أو فى الوصية أو فى الاستيلاء على مال مباح.

وجملة القول أن ما يصلح سبباً لإنشاء ملكية متميزة أو لنقلها يصلح كذلك لإنشاء ملكية شائعة إذا ما اتصل بمتعدد.

والملكية الشائعة في الواقع ليست إلا وضعاً استثنائياً مآله إلى ملكية متميزة إما بطريق القسمة بين الشركاء أو بأي سبب آخر ينتقل به ملك الشركاء إلى واحد منهم فيستقل بملك العين المشتركة.

ولما كان تعدد الشركاء على الشيوع في المال المملوك يؤدي إلى نزاع وخلاف بين الشركاء فيما يتعلق بمباشرة كل شريك سلطانه واستيفائه لحقوقه في العين المشتركة تصرفاً واستعمالاً واستغلالاً - اقتضت المصلحة وضع نظام تشريعي يخضع لأحكامه ما قد يحدث من خلاف ونزاع بين الشركاء ويمكن كل شريك من انتفاعه بحقوقه في المال المشترك دون ضرر بغيره من الشركاء.

ومن المستحسن أن نبدأ بأحكام الملكية الشائعة في غير الأعيان ثم نتبع ذلك بأحكامها في الأعيان - غير أن الخوض في ذلك يقتضي أن نقدمه بيان عن طبيعة حق الشريك ووضعه - بالنسبة إلى العين أو المال محل الاشتراك.

طبيعة حق الشريك الشائع :

يرى فقهاء الشريعة أن حق الشريك في المال المشترك على الشيوع هو حق ملك، فالشريك على الشيوع يملك في المال المشترك حصة شائعة. ومعنى شيوعها أنها متفرقة ومنتشرة في جميع أجزاء المشترك مهما صغرت فليس يخلص منها أي جزء من المال مهما كان صغيراً - وبناء على هذا يرى أن الملكيات في هذا المال تتعدد بتعدد الشركاء فيه، وأنها ملكيات مختلطة ممتزج بعضها ببعض، وأنها تشمل جميع أجزاء هذا المال وتتركز فيها لا على وجه التمايز والانفصال - ومن ثم يرى أن انتفاع أي شريك بهذا المال أو ببعضه - وإن قل - انتفاع بما هو مملوك له ولغيره، وذلك ما يعنى أنه يتضمن انتفاعه بملك غيره من الشركاء. وكذلك الوضع إذا تصرف أي شريك في أي جزء من المال المشترك قبل قسمته.

وعلى ذلك فالمال المشترك في نظر فقهاء الشريعة لا يعد مملوكاً كله لكل شريك على أفراد وإنما يملك كل شريك فيه حصة منتشرة فيه. إذ إن الشيء المملوك لا يقبل أن يكون مملوكاً كله لأشخاص كل منهم يملكه جميعه في وقت

واحد . وإذن فتعدد الملكيات يستلزم تعدد محالها . وتعلق حق الشريك على الشيوع بالشيء المشترك جميعه إنما كان نتيجة الانتشار حصته وتفرقها فى جميع أجزائه من غير فصل ودون استثناء أى جزء فيه . وكان تعلقه به كله على معنى أن له فى كل جزء منه حصه من ذلك الجزء لا على معنى أن له كله ، وكانت نتيجة ذلك أن حق كل شريك من الشركاء على الشيوع يتعلق بالشيء المشترك فى مجموعه وإن كان محدودا بمقدار حصته فيه ، فلم يكن له بسبب ذلك أن يستأثر بجميع مزاياه لمكان الشركاء الآخرين معه فى هذا المال وتمتعهم بما يتمتع به فى حدود حصصهم . وهذا التكييف قريب جدا مما هو سائد فى الفقه الوضعى ، فقد ذكر الدكتور الصلدة فى كتابه الملكية : أن رأى السائد فى الفقه التقليدى والفقه الحديث على السواء أن حق الشريك على الشيوع هو حق ملكية - وأن ملكية الشيء الشائع يتعدد فيها الملاك . أما الشيء نفسه وهو محل هذه الملكية فلا يتجزأ ، أى أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء بينما لا يكون هناك تقسيم مادى للشيء المملوك ، ومقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشيء فى مجموعه وإن كان محددا بقدر حصته ، ولا يقدح فى ذلك أن الشريك لا يستطيع أن يستأثر بجميع مزايا المال المشترك ، إذ إن الشركاء الآخرين الذين يشاركونه فى الحصول على هذه المزايا ملاك مثله ، وكل ما هناك أن الشريك ليس له أن يمارس سلطات المالك إلا بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق غيره من الشركاء ، وهذا ليس من شأنه أن ينفى عنه وصف الملكية .

غير أن هذا الذى أشرنا إليه فيما ذهب إليه فقهاء الشريعة من أن الشيء المملوك لا يملكه كاملا إلا شخص واحد ولا يملكه على هذا الوضع أكثر من واحد إنما يكون فيما يقبل التجزئة كملك الأعيان ومنافعها - فلا يكون شيء من ذلك كاملا إلا لشخص واحد ، وذلك بناء على أن هذا النوع من الملكية يتمثل فى الخارج أو يحل فى الخارج فى عين ، فإذا شغلته جميعه ملكية شخص لم يكن صالحا لأن تشغله ملكية شخص آخر لأن المحل لا يشغله كله فى وقت واحد شاغلان كل منهما مستقل به دون أن يترك فيه مكانا لآخر - أما فيما لا يقبل التجزئة حيث يتعلق الملك بحق من الحقوق لا يقبل التجزئة فليس ما يمنع من أن يكون الحق كله مشتركا بين أكثر من واحد على أن يكون لكل منهم ذلك الحق

كاملا ، كحق الولاية على النفس لولين متساويين كأخوين شقيقين ، وحق الشفعة بالنسبة لشفيعين متساويين كشريكين ، وحق التصرف بالنسبة لوكيلين بعقدين مستقلين ؛ ذلك لأنها حقوق اعتبارية وتعلقها بمحلها تعلق اعتباري لا يتنافى معه ولا يتعارض اعتبار الحق فيه لمتعدد، على أن يكون لكل من أصحابه كاملا فإذا باشره أحدهم انتهت حقوق الباقيين .

أحكام الملكية الشائعة فى غير الأعيان :

بينا فيما سبق أن الملكية الشائعة كما تثبت فى الأعيان تثبت فى غيرها مما يملك فتثبت فى الدين وتثبت فى المنافع وبعض الحقوق . وفيما يلى بيان أحكامها فى الدين :

الملكية الشائعة فى الدين :

الدين مال واجب فى ذمة أى شاغل لها بدلا عن مال أتلفه المدين ، أو عن قرض اقترضه من غيره ، أو عن مبيع اشتراه بثمن مؤجل ، أو عن ثمن قبضه حالا لمبيع أجل تسليمه كما فى السلم ، وهكذا إلى آخر الأسباب الموجبة لثبوته فى الذمة - بذلك عرفه صاحب فتح القدير الكمال بن الهمام والكاسانى صاحب البدائع .

ويثبت الاشتراك فى الدين إذا تعلق سبب ثبوته بأكثر من شخص واحد ، كما فى دين لمتوفى انتقل بوفاته إلى ورثته المتعدين فأصبحوا شركاء فيه لكل منهم حصة شائعة فيه بقدر ما له من سهام فى التركة - وكما إذا باع اثنان أو أكثر سلعة لهم لآخر بثمن مؤجل فإنه يثبت دينا فى ذمة المشتري ويكون لكل من البائعين حصة شائعة فيه بقدر ما له فى السلعة المباعة من ملك ، وكذلك الحال إذا أتلف شخص عينا مشتركة بين متعددين فإن قيمتها تثبت دينا فى ذمته لأصحابها لكل منهم حصة شائعة بقدر ما كان يملك ، وهكذا - وذلك ما يراه فقهاء الشريعة .

ويرى فقهاء التشريع الوضعى أن الديون لا تصلح أن تكون محلا للاشتراك على الشيوع ؛ وذلك بسبب انقسامها بين الشركاء بحسب طبيعتها نتيجة لتمامات أجزائها - ففى الأمثلة السابقة وما يشبهها يكون لكل شريك حصته التى يبنها دينا مستقلا له أحكامه ولا اتصال لها بباقي الدين ولا تعد شائعة فيه فإذا وفيت

بإعطائها إلى صاحبها . على هذا الأساس لم يكن لغيره حق الاشتراك فيها ولا حق الاعتراض بشأن وفائها قبل غيرها من الحصص .

وأساس هذا الخلاف هو خلافهم في قبول الديون للقسمة وعدم قبولها . فكثير من فقهاء الإسلام يرون أن الديون لا تقبل القسمة لأنها أوصاف اعتبارية لا يتصور فيها انقسام إلى أجزاء ، ومن ذلك قالوا إنها تنتقل إلى من تنتقل إليهم أو تثبت لهم جملة وفقهاء التشريع الوضعي يرون أنها تقبل القسمة بالنظر إلى ما تتمثل فيه من مال مثلي فإذا وجبت لمتعدين وجبت لهم موزعة عليهم لتمثيل أجزائها أو أحادها .

وبناء على ما ذكر إذا ما ثبت لأشخاص متعددين دين في ذمة إنسان فإن كل شريك فيه لا يملك إلا ما يخصه منه ويعد أجنبيا بالنسبة إلى حصص أصحابه الشركاء فيه ، ومن ثم ليس له أن يطالب المدين إلا بأداء حصته فقط دون أن يكون له حق في مطالبته بأداء ما يزيد عليها ، ولا يجوز له أن يقبض من المدين إلا ما كان في حدود حصته ، فإذا تجاوز ذلك إلى قبض ما زاد على حصته لم يبرأ منه ذمة المدين . وكذلك إذا أراد أحد الشركاء مخاصمة المدين أمام القضاء لم يخاصمه إلا في حصته ولا يحكم له بأكثر منها ويجبر المدين على دفعها إليه ولو كان ذلك في غيبة بقية الشركاء ، كما يجوز له أن يتصرف فيها بالإبراء أو بالهبة أو بالمصالحة عنها ببذل أو بالإيصاء بها لآخر أو بجعلها ثمنا لعين يشتريها من المدين أو يقبل بها كفيلا أو يجعلها مهرا وما إلى ذلك من التصرف ، وكل هذه الأحكام أثر من آثار ثبوت الشركة في الدين وتملكه حصته منه ، أما إقدامه على تأجيلها إذا ما كانت حالة ففيما يلي بيان الحكم في ذلك .

تأجيل الشريك حصته في الدين :

كان مقتضى ما ذكرنا من البيان أنه يجوز لأي شريك في الدين أن يؤجل المدين في حصته من هذا الدين فتصير حصته مؤجلة إلى أجلها دون بقية الدين ؛ لأنه إذا جار له أن يرى مدينه منها جاز له أن يؤجل أداءها لأن تأجيلها دون الإبراء منها . ولكن ذلك كان موضع خلاف بين فقهاء الشريعة - ذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز تأجيله حصته إذ يرى أن ذلك من قبيل قسمة الدين قبل قبضه ،

وهى فى الدين غير متصورة، فضلاً عن أن تكون جائزة؛ ذلك لأن أساس القسمة التمييز والإفراز وذلك بأن يصير نصيب كل واحد من الشركاء فى حيز وفى جهة غير جهات الأنصباء الأخرى، وذلك إنما يتصور فى الأعيان لأن الإفراز فعل حسى فلا يوجد إلا فى الحسيات، أما الدين فهو فى حقيقته وصف شرعى اعتبارى لا وجود له فى الحس وليس له وجود إلا فى اعتبار الشارع، فكان من ناحية الحس عدماً ولا يتصور تمييز ولا انقسام فى المعدوم. ومن ناحية أخرى يرى أبو حنيفة أن الدين ليس فى الحقيقة إلا اسماً لفعل واجب الأداء وهو تسليم المال ودفعه للدائن ولا شئ فى الوجود قبل التسليم يمكن تجزئته.

ولذا قال الكاسانى : إن تأجيل حصة من الدين من قبيل قسمة الدين قبل قبضه، وإنها غير جائزة لأن الدين اسم لفعل واجب وهو فعل التسليم، والدين مال حكمى واجب فى الذمة، وكل ذلك عدم فى واقع الوجود إلا أنه أعطى حكم الوجود للحاجة، فليس كل شخص يملك من المال ما يدفع به حاجته فيحتاج إلى الاستدانة، ولا بد من إعطاء الدين حكم الشئ الموجود لهذه الحاجة حتى يمكن اقتضاؤه والمخاصمة فيه^١، ولا حاجة إلى قسمته قبل قبضه فبقى على حكم العدم فى حقها، والدين عدم لأنه وصف شرعى اعتبارى، وإلى ذلك فإن القسمة لا تتم إلا بالقبض، وقبض ما فى الذمة غير ممكن ما دام فى الذمة - ولأن القسمة تتضمن المبادلة والتملك لأن كل شريك يملك صاحبه ماله فيما أعطى له من حظ نظير تملكه لما أعطى له من حصة لصاحبه فى حظه وتمليك الدين لغير من عليه الدين لا يجوز.

وخالف فى ذلك أبو يوسف فأجاز للشريك فى الدين أن يؤجل حصته؛ لأنه إذا جار له أن يبرئ صاحبه منها فأولى أن يؤجله فى وفائها؛ إذ التأجيل إسقاط لحق المطالبة بالدين إلى حين، وذلك دون أثر الإبراء الذى هو إسقاط للدين والمطالبة به جميعاً. واختلفت الرواية عن محمد فروى أنه مع أبى يوسف وروى أنه مع أبى حنيفة.

وقد يلاحظ على ما استدل به لأبى حنيفة من تأسيس عدم جواز التأجيل على عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه بأن تأجيل الدين ليس من قبيل القسمة إذ إنه ليس إلا مجرد امتناع عن المطالبة بالدين مدة من الزمان، وذلك أمر يتعلق

بإرادة الدائن ولا يمس الدين إلا عرضاً، وقد يمتنع الدائن عن أن يطالب به شهوراً وسنين ثم لا يعد ذلك قسمة وتمييزاً في الدين ذاته، وكل ما يترتب على هذا التأجيل اختلاف حال الدائنين المشتركين، فأحدهما يكون له حق المطالبة بحصته والآخر لا يكون له حق المطالبة بحصته وليس لذلك أثر في الدين نفسه وليس يترتب على ذلك قسمة في الدين إلى جزئين منفصل أحدهما عن الآخر.

وقد يقال في نقض هذه الملاحظة أن جواز التأجيل قد يجر إلى قسمة الدين وذلك عندما يقوم المدين بأداء ما لم يؤجل منه إلى صاحبه قبل حلول أجل ما أجل منه، فإن الدين في هذه الحال ينقسم إلى جزئين وقُي أحدهما فعلاً وبقي الجزء الآخر في ذمة المدين وحده متميزاً كل منهما من الآخر قبل أداء الدين جميعه، وذلك ما يحقق معنى قسمته قبل قبضه، وهو غير جائز لما سبق ذكره، وعليه يجب ألا يجوز التأجيل لذلك وإن روى أن التأجيل في ذاته لا يعد قسمة ينقسم بها الدين لما ذكر أنه مجرد امتناع عن المطالبة يرجع إلى إرادة الدائن، غير أن ذلك مردود بأن ما يقبضه الدائن الذي لم يؤجل في هذه الحال لا يسلم له إلا بإرادة صاحبه الذي أجل حصته، إذ يجوز لصاحبه هذا أن يرجع فيما قبض عند حلول أجل حصته اتفاقاً على أساس الاشتراك بينهما، وذلك ما يدل على أن الوفاء لم يكن وفاء عن حصة القابض خاصة حتى يكون من وراء ذلك قسمة للدين، بل كان وفاء لجزء مشترك من الدين، ولذا كان لغير القابض أن يرجع على القابض بحصته فيما قبض في الحال عند الإمام. وعند حلول أجل حصته عند الصاحبين لاقبله؛ ذلك لأنه قد سقط حقه في المطالبة بحصته بتأجيلها فلم يكن له أن يطالب بها قبل حلول أجلها؛ إذ الدين المؤجل لا تجوز المطالبة به قبل أجله، ولكن إذا حل الأجل كان له أن يطالب القابض بحصته فيما قبض كما يكون له الخيرة اتفاقاً في أن يترك للقابض ما قبضه ويرجع بحصته على المدين.

من هذا يظهر أن تأجيل أحد الدائنين حصته لا يستلزم قسمة الدين المشترك بينهم، وعلى ذلك يظهر أن امتناع تأجيل الشريك في الدين حصته ليس راجعاً إلى عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه. ويؤيد ذلك ما جاء في حاشية الشرنبلالي على من لا خسر ونقلاً عن البرهان من أن تأجيل أحد الشريكين في الدين حصته فيه موقوف على رضا صاحبه عند أبي حنيفة، فإن ذلك ينفي أن السبب في عدم جواز

التأجيل من أحد الشريكين هو عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه، إذ لو صح ذلك لكان التأجيل من الشريك في الدين غير جائز مطلقاً سواء رضى به صاحبه أم لم يرض. على أنهم مع ذلك قد نصوا على أن أحد الشريكين في الدين إذا أبرأ مدينه من حصته صحت براءته وبرئت ذمة المدين منها، ولم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشيء مما أبرأ منه. وكذلك إذا وهبه إياها، كما نصوا على أن المدين إذا كان دائماً لأحد الشريكين في الدين الذي عليه بمثل حصته فيه التقى الدينان قصاصاً وبرئت ذمة المدين من حصة هذا الشريك، والآخر المترتب على ذلك هو نفس الأثر المترتب على تأجيل أحد الشريكين حصته من الدين، وهو تجزئة الدين المشترك، وذلك بتميز حصة أحد الشريكين فيه بسقوطها أو بالتفائها قصاصاً مع ما للمدين في ذمة أحد الشريكين، بينما بقيت حصة الآخر وحدها في ذمة المدين.

ومن هذا يظهر أن التمايز أو التجزئة متصور في الدين قبل قبضه على هذا الوضع سواء بالتأجيل أو بالإبراء أو بالهبه أو بالسقوط، ولو صح أن امتناع التأجيل في حصة أحد الشركاء في الدين لامتناع قسمة الدين قبل قبضه لامتنع كذلك الإبراء من إحدى الحصتين لما في¹ الحالتين من التمايز على سواء. ولكن قد يفرق بين حال التأجيل وحال الإبراء بأن الاشتراك ثابت ومتحقق في حال التأجيل ولكنه في حال الإبراء منعدم لسقوط إحدى الحصتين به فلا تبقى عند ذلك شركة في الدين ولا يتحقق بذلك انقسام وتمايز بين جزئين موجودين من الدين وإنما الذي حدث هو تلاشي أحد الجزئين وسقوطه بالإبراء، أما في حال التأجيل فهناك قسمان أو جزآن من الدين أحدهما حال والآخر مؤجل، وذلك ما يحقق التمايز بينهما وهو مظهر القسمة في الدين.

وقد يقال في رد هذا إن سقوط أحد الجزئين بالإبراء إنما كان بعد تميزه وانفصاله عن الجزء الآخر فكان الإبراء محققاً لما حققه التأجيل فلا فرق بينها. والواقع أن بقاء هذا التميز في حال التأجيل ماثلاً في الوجود بين شيئين ليس بالأمر الجوهري الذي يحقق التمايز الراجع للشيوع المحقق للقسمة حتى يمتنع التأجيل بامتناعها، إذ يمكن أن يقال إن التأجيل حين يقع إنما ينصب على حصة شائعة في الدين معلومة القدر، على معنى أن الدين مطلوب أدائه ما عدا رבעه أو خمسه، وذلك ما لا يتعارض مع شيوعه فيه.

وقد جاء فى تبیین الحقائق للزبلى أن العلة فى عدم جواز التأجيل هى أن فى التأجيل ضرراً على الشريك الآخر، ذلك لأنه يترتب عليه تحميل هذا الشريك الآخر وحده مئونة مطالبة المدين، فإذا طالب بحصته فقبضها شاركه الآخر فيها على ما سنبين، وربما تكرر منه فيها الطلب والقبض، وتكرر كذلك الرجوع عليه، وهذا ضرر بالشريك، ولهذا إذا رضى شريكه بالتأجيل نفذ لزوال الضرر برضائه.

وقد ذهب الحنابلة إلى جواز تأجيل أحد الشريكين فى الدين حصته فيه لأنه إذا جاز له أن يبرئ مدينه منها، فتأخير أدائه بالتأجيل أولى بالجواز، فإن قبض شريكه بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه حق الرجوع عليه بشيء مما قبض، ذكره القاضى - والأصح أن له حق الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل عند الحنابلة بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه^(١).

قسمة الدين المشترك :

وقد تبين مما تقدم أن قسمة الدين المشترك بين الشركاء فيه غير صحيحة عند الحنفية قبل قبضه لما بينا من أن ركن القسمة هو الإفراز والتمييز بين الأنصباء، وذلك غير متصور فى الديون الثابتة فى الذمم قبل قبضها لأنها أوصاف اعتبارية شرعية. وكذلك لما فى القسمة من معنى المبادلة والمعاوضة والتملك، وبيع الدين بالدين غير جائز، وكذلك لما فيها من تمليك الدين لغير من عليه الدين وهو غير جائز.

وبناء على ذلك إذا كان لأكثر من شخص دين مشترك فى ذمة شخص آخر أو كان لهم ديون فى ذمم آخرين كل دين منها مشترك بينهم فاتفقوا على قسمة كل دين بينهم بحيث يكون لكل منهم فيه حصة معينة مستقلة عن باقى الحصص فى الوفاء بها والتصرف فيها وقبضها مختصة بقابضها، أو على أن يكون لكل شريك ما فى ذمة فلان من المدينين فيختص كل شريك بمدين معين أو بأكثر - لم يجز ذلك عند الحنفية^(٢)، لما ذكرنا. ألا ترى أنه إذا اشترك اثنان فى صبرة طعام فاقسماها على أن يكون لأحدهما جانب معين منها وللآخر جانبها الثانى لم تصح

(١) المغنى، ج ٥، ص ١٩٨

(٢) راجع البدائع، ج ٧، ص ١٩٢، والندية، ج ٥، ص ٢٢٢، والزبلى ج ١، ص ٤٥ وما بعدها

القسمة لعدم تحقق الإفراز ولم يلزمهما ذلك . وإلى هذا ذهب الحنابلة فى رواية ، فقد جاء فى مطالب أولى النهى :

وإذا اقتسم الشريكان دينا فى ذمة شخص أو فى ذمم أشخاص متعددين لم يصح لأن الذمم لا تتكافأ ، وبيع الدين بالدين غير جائز . وفى رواية أخرى عندهم أن قسمة الدين قبل قبضه جائزة .

وجاء فى كشف القناع : وتجاوز قسمة الدين فى ذمم الغرماء على أساس أنها إفراز لا بيع كما جاء فى الإنصاف^(١) .

وبناء على عدم جواز القسمة فى الدين عندهم يكون ما يقبضه أحد الشريكين أو الشركاء من الدين بعد الاتفاق عليها مشتركا ، فما يضيع أو يهلك منه فعليهما والباقي بينهما ، وللشريك الآخر أن يأخذ من شريكه القابض بقدر حصته فيما قبض ولو بعد التصرف فيه . أما على القول بجوازها فإن ما يقبضه الشريك يختص به متى كان فى حدود حصته (مطالب أولى النهى) وسيأتى لهذا زيادة بيان^(١) .

وقد فرع الحنفية على عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه أن أحد الشريكين إذا قبض بعضه فى حدود حصته كان لشريكه فيه أن يرجع عليه فيما قبض بقدر نسبة حصته فى الدين فإذا كان له نصف الدين رجع عليه بنصف ما قبض ، وهكذا ؛ لأن ما يقبض جزء من مال مشترك فيكون بينهما على ما لكل منهما فى جميعه ، وليس للقابض أن يختص به إلا برضا صاحبه ، وسيان فى هذا أن يكون الدين حالا أو مؤجلا ، إذ إن المؤجل يصير بأدائه حالا فلا يختص أحدهما بما أدى إليه منه .

وعليه إذا أدى المدين جميع الدين إلى أحد الشركاء فيه لم تبرأ ذمته بهذا الأداء إلا من حصة القابض ، أما حصص غيره فإن ذمته تظل مشغولة بها ويطالب بها ويخاصم فيها بعد ذلك الأداء - ثم إن غير القابض بالخيار إن شاء ترك وتبقى له حصته فى الدين كاملة فى ذمة المدين له أن يطالبه بها وللمدين أن يستردها من القابض - ذلك لأنه إنما أقبضه لتسلم ذمته منها فإذا لم تسلم كان له حق الاسترداد^(٢) ولم يكن للقابض ولاية قبضها .

(١) كشف القناع ، ج ٤ ، ص ٢٢٣ ، مطالب الشهر ، ج ٣ ، ص ٥٠٩ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ٦٥ وما بعدها .

هذا وليس لمن يقبض من الشريكين في الدين أن يرجع على صاحبه فيما قبضه من الدين إلا إذا كان ما قبضه أو سلم إليه مما يمكن الاشتراك فيه سواء أكان من جنس الدين أم غير من جنسه - فإذا اشترى أحد الشريكين في الدين حصته عينا أو استأجر بها عينا مدة من الزمن كان لصاحبه أن يرجع عليه في ثمن العين أو في أجرتها بقدر حصته . ذلك لأنه بالشراء أو الاستئجار استقر في ذمته ثمن المبيع أو أجره العين المستأجرة، ثم التقى ذلك قصاصا مع دينه فكان ذلك في حكم الوفاء بما يمكن الاشتراك فيه وهو الثمن أو الأجرة، ولكن إذا أبرأ أحدهما المدين من حصته في الدين لم يكن لصاحبه أن يرجع عليه بشيء لأن الإبراء إسقاط فلم يسلم له ما يمكن الاشتراك فيه بناء على ذلك الإبراء - وكذلك إذا كان للمدين بالدين المشترك دين في ذمة أحد الشركاء في هذا الدين وكان سابقا في الوجود على الدين المشترك فإن حصة الدائن الشريك من الدين تلتقى قصاصا مع ما يشغل ذمته من دين لمدينه، وعندئذ لا يكون لشريكه في الدين أن يرجع عليه بشيء، لأن الذي حدث هو أن هذا الشريك قد أوفى دينه واجبا عليه في ذمته بأدائه لدائنه ولم يسلم له بذلك ما يمكن الاشتراك فيه .

وكذلك الحكم في حال التلف، فإذا أتلف أحد الشريكين في الدين عينا للمدين كانت في يده فلزمه ضمانها، فإن حصته في الدين تلتقى قصاصا مع ما لزمه من ضمان ما أتلفه، ولم يكن للشريك أن يرجع عليه لنفس السبب السابق، إذ لم يقبض الشريك بعد ثبوت الدين المشترك من المدين ما يمكن الاشتراك فيه، وإنما الذي حدث هو قيام المتلف بوفاء ما عليه من ضمان للمدين وذلك بإدائه بدين شاركه فيه آخر، وظاهر ذلك أن وضع هذه المسألة لا يختلف سواء أحدث الإتلاف قبل وجود الدين المشترك، أم حدث بعد الدين، ففي الحالين لم يسلم للمتلف ولم يصل إليه ما يمكن الاشتراك فيه .

أما إذا غصب أحد الشريكين مالا للمدين بعد ثبوت الدين المشترك فأتلفه وضمن قيمته فإن لصاحبه أن يرجع عليه فيما يلاقى حصته في الدين من قيمة المال المغصوب بنسبة ماله في الدين، ذلك لأنه قد وصل إلى الغاصب ما يمكن الاشتراك فيه وهو المال المغصوب، إذ الملك في المغصوب يستند إلى وقت الغصب وليس يرجع عليه إلا فيما يتلاقى مع حصته في الدين من قيمة المغصوب لأن ذلك

هو ما يسقط من الدين، فإن الدائن الغاصب يصبح مدينا للمغضوب منه (المدين) بقيمة ما غصبه منه فأتلفه فتلتقى حصته في الدين قصاصا مع ما تلاقيها من قيمة المغضوب ويسقط منها بقدر هذه الحصة، وفي هذا القدر فقط يرجع صاحبه فيه عليه بنسبة حصته في الدين . أما ما يبقى من قيمة المغضوب الهالك فعلى الشريك الغاصب في الدين . ومن الواضح أن الحكم يختلف إذا ما حدث الغصب والإتلاف قبل ثبوت الدين المشترك في ذمة الغاصب، فإن الحكم حينئذ يختلف فلا يكون لغير الغاصب من الشركاء في الدين حق الرجوع عليه فيما سقط من حصته إذ لم يسلم له شيء يصح الرجوع فيه بعد ثبوت الدين له، وإنما الذي حدث هو قيام الغاصب بوفاء ما عليه بإدائته المدين المغضوب منه .

وبناء على ذلك إذا حدث الغصب قبل الدين وحدث الإتلاف بعده، ثبت لغير الغاصب حق الرجوع عليه لأن الغاصب تملك المغضوب ملكا مستنداً إلى يوم غصبه واستمر ملكا له إلى ما بعد ثبوت الدين فسلم له المغضوب بسبب إتلافه وهو ما يمكن الاشتراك فيه .

وخالف محمد رحمه الله تعالى فذهب إلى أنه لا فرق في الحكم بين حال الإتلاف وحال الغصب على أى وضع، فجعل للشريك غير المتلف أو الغاصب حق الرجوع في كل الأحوال؛ إذ قد شغلت ذمة صاحبه بالضمان فيها كلها وهو ما يمكن الاشتراك فيه ، وقد سلم له بجعله وفاء عن حصته في الدين .

وإذا سلم الشريك في الدين لشريكه ما قبضه ثم قوى الدين على الغريم كان لهذا الشريك أن يرجع على القابض فيما سبق أن قبضه وسلم له بنسبة حصته في الدين، ذلك لأن المقبوض كان عن حق مشترك ولم يتركه الشريك لقابضه إلا ليسلم له ما في ذمة المدين، فإذا لم يسلم عاد حقه في المقبوض كما كان .

ملك الشريك لما قبضه من الدين :

ومما يجب التنبه له أن الحنفية قد نصوا على أن أحد الشريكين في الدين إذا قبض منه مالا يزيد على حصته فيه عُدَّ قابضا ومستوفيا لدينه بقدر ما قبض وبرئت ذمة المدين بقدر ما أقبض وسقط حق القابض في المطالبة به ويملكه القابض على أنه وفاء لدينه أو بعضه، ولكن مع هذا يثبت لشريكه حق الرجوع عليه في عين

المقبوض لا فى بدله بقدر حصته على ما بينا، وذلك بناء على إرادته المنفردة، فإذا ما اختار الرجوع عليه فرجع عاد للقابض من دينه بقدر ما يوازى ما أخذ منه وشغلت به ذمة المدين وكان شريكاً فى الباقي بقدر ما لكل منهما فيه من نسبة.

وقد جاء فى تبيين الحقائق أن القابض إذا ما قبض فإنما يقبض حقه إلا أن لصاحبه حق المشاركة فيه، فكان له أن يشاركه، فإذا اختار المشاركة صار شريكاً فى عين المقبوض وذلك ما يمنع أن يجبر على أخذ عوض حقه فيه إذ إن أخذ العوض يعد مبادلة وهى تعتمد التراضى. وهذا إنما يكون فيما يقبض مما يتعين بالتعيين، أما فيما لا يتعين بالتعيين كالنقود فليس للشريك قبل القابض إلا مثل حصته منها^(١).

ويلاحظ أن الوفاء إذا كان نتيجة صلح على بدل فإن الخيار يثبت أولاً للدائن الشريك بين أن يرجع على شريكه القابض أو يسلم له ما قبض ويرجع على المدين بدينه، فإذا اختار الرجوع كان للقابض الخيار حيثل بين أن يعطيه حصته فى الدين أو يجعله شريكاً فى بدل الصلح على قدر نسبته فى الدين.

وإنما ثبت الخيار أولاً للدائن الشريك الذى لم يقبض حتى لا يضار بأن يتحول دينه إلى ذمة لا يرضاها وهى ذمة شريكه القابض لما هو مشترك بينهما، فإذا ما اختار تضمينه لم يكن له أن يلزمه بأن يشركه معه فى بدل الصلح. ذلك لأنه قد ملكه بالعقد ملكاً خالصاً مختصاً به، فكان له عند ذلك فى إبراء ذمته مما قبض لغيره أن يعطى شريكه ما يخصه فى بدل المقبوض وذلك أصل حقه، كما يكون له إذا أراد أن يجعله شريكاً فى بدل الصلح على قدر نسبته فى الدين لا اختياره الرجوع عليه فيما قبض، ولا ضرر عليه فى ذلك. أما بالنسبة لإعطائه حصته فى الدين فهذا أصل حقه، وأما بالنسبة لإشراكه فى بدل الصلح فرضاه بذلك حين رضى أن يرجع على شريكه فيما قبض بقدر نسبته فى الدين - ولا يضير مع هذا الرضا أن يكون الصلح قد تضمن محاباة لرضاه بذلك باختياره الرجوع إذ كان له أن يرجع بجميع حصته ابتداء على المدين ففضل أن يرجع على صاحبه.

هذا وقد بنى الحنفية على ذلك أن القابض له أن يتصرف فيما قبضه بيعاً وهبة وإقراضاً وإجارة ونحو ذلك لأنه حقه، فإذا تصرف فيه قبل رجوع شريكه

(١) البدائع، ج ٦، ص ٦٦

عليه لم يكن لشريكه حق الاعتراض على هذا التصرف ولا حق التبع ولا سبيل له على من تصرف معه شريكه، وإنما يثبت له حينئذ حق الرجوع على شريكه القابض بنسبة ماله في الدين وذلك فيما استوفاه، كما يكون له أن يترك للقابض ما قبض ويرجع على المدين بجميع حصته في الدين.

وإذا تنازل الشريك في الدين عن حقه في الرجوع على صاحبه القابض لزمه ذلك وسلم للقابض ما قبضه ولكن ذلك مشروط بعدم إعسار المدين. أما إذا أعسر كان لهذا الشريك المتنازل عن حق المشاركة أن يرجع في تنازله؛ لأنه ما تنازل إلا على أساس أن يسلم له ماله في ذمة المدين، فإذا لم يسلم له ذلك بأن توى عاد إليه حقه في المقبوض من الدين كما كان، وإذا رجع في هذه الحال يرجع بمثل ماله لا في عين المقبوض؛ ذلك لأن ملك القابض بتسليم صاحبه قد استقر فيما قبض بسبب التسليم له فيه، وإنما تجدد له بالإعسار حق جديد ثبت له هو حق رجوعه على القابض فكان شأنه شأن كل الديون^(١).

وقد يلاحظ على هذا الحكم أن الشريك غير القابض حين سلم للقابض ما قبضه قد رضى بأصل حقه لدى مدينه ولم يكن ما في ذمة مدينه له بدلا عن حق كان له في ذمة صاحبه حق تشترط السلامة فيه، ولم يكن القابض في قبضه ذا ولاية في ذلك، فبقى له حقه كما هو في ذمة المدين، فعلى أى أساس يتحدد له حق جديد في ذمة صاحبه إذا أعسر ذلك المدين؟ وقد يقال دفعا لهذه الملاحظة أن مبنى ذلك هو عدم قبول الدين للقسمة وذلك ما يترتب عليه أن ما قبضه أحد الشركاء في الدين مال مشترك بين الشركاء لا يختص به القابض، وقد ترك المتنازل حصته فيه ليسلم له ما يقابلها مما في ذمة المدين بدلا عنه، فكان معنى المعاوضة المشترط لها السلامة موجودا - غير أن هذا لا يتفق مع ما ذكروه من أن القابض إنما يقبض ما به وفاء دينه، وما يدخل في ملكه يقبضه دون أن يجعلوه مالا مشتركا بين الشركاء.

ومن النظر في الأحكام المتقدمة يتبين ما فيها من عدم اتساق مرجعه إلى أنها تستلزم أوضاعاً متعارضة بناء على ما هو مقرر من القواعد الفقهية المسلمة؛ ذلك

(١) البدائع، ج ٦، ص ٦٦.

لأن جواز تصرف القابض فيما قبض ونفاذه فيه دون توقف على رضا صاحبه وعدم ثبوت حق المعارضة في ذلك التصرف وبراءة ذمة المدين من حصة القابض في الدين بهذا الوفاء حتى لم يجعل للقابض حق في مطالبة المدين بشيء من دينه بعد قبضه وقبل اختيار صاحبه أن يشاركه فيما قبض، كل ذلك يستلزم أن الشريك القابض إنما استوفى حقه بما قبضه ملكا خالصا، وذلك ما يستتبع عدم جواز مشاركة صاحبه له فيه. وإثبات حق للشريك الآخر في الرجوع على صاحبه فيما قبض بقدر نسبته في الدين وصيرورته شريكا له فيما قبض يستلزم أنه قد قبض ما هو مشترك بينهما وأنه لم يستوف من دينه إلا بقدر ما يخصه فيما قبض، ولم تبرأ ذمة مدينه إلا بقدر ذلك. وذلك وضعان متنافيان، وفيه قال قاضى زاده في تكميلته: إن كان حق الشريك الساكت - أى الذى لم يقبض - باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة، كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه مشكلا. غير أنه مما عرف مألوف بين الفقهاء أنهم في كثير من المسائل التي يرون أنها ذات شبهين بأمرين متنافرين يتجهون في حلها إلى مراعاة هذين الشبهين فيها، فيدفعهم ذلك إلى مثل هذا التنافر في الأحكام، فهم في مسألتنا هذه حين رأوا أن ذمة المدين مشغولة بصحة معلومة القدر من الدين وأن لصاحبها حق اقتضاها وقبضها لأنها ملك له - راعوا ذلك فجعلوا قبضه لما هو في حدود حصته استيفاء لحقه لتحقيق الوفاء به شرعا. وذلك لمساواته الحق الواجب في الذمة فكان أدائه أداء لما وجب وسقط بذلك حقه. وحين ذهبوا إلى عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه، وأن الدين هنا مشترك يشترك في كل جزء منه الشركاء فيه، وأن أحد الشركاء ليس وكيلا عن بقيتهم في اقتضائه ولا في قبضه - اضطروا أن يجعلوا المقبوض مشتركا لأنه يمثل جزءا من المشترك، وأن يكون بين القابض وبين أصحابه الشركاء في الدين على نسبة ما لكل منهم في الدين حتى يتنازلوا عن حقهم في الرجوع. ذلك مذهب الحنفية.

وقد ذهب الحنابلة إلى ما أشرنا إليه سابقا من أن الدين إذا كان مشتركا بأن ثبت في ذمة المدين لأكثر من واحد بعقد أو بورائة عن مورث واحد فقبض أحد الشركاء فيه منه شيئا فغيره من الشركاء مشاركته فيما قبض بنسبة ما لكل منهم في الدين، وذلك في رواية. كما روى عن أحمد أيضا ما يدل على أن القابض

يختص بما قبضه، فيكون وفاء عن حصته ولا يشاركه فيه الآخرون - وهذا قول أبي العالية وأبي قلابة وأبي عبيد وابن سيرين والنخعي .

وقال أبو بكر : والعمل عندى على ما يراه حرب وحنبل وهو القول الأول ، الذى ذهب إليه الحنفية ، وهو الصحيح فى المذهب إذ الصحيح فى المذهب عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه ، وهو أساس القول الأول ؛ لأن القسمة تقتضى التعادل والتكافؤ والذمم متفاوتة فى الملاء والثقة والكفاءة ، ثم هى على الجملة لا تخلو من بيع ، وبيع الدين بالدين محظور ، وفى اختصاص القابض بما قبض سمة للدين قبل قبضه .

وقيل : تجوز قسمة الدين قبل قبضه ، واختلاف الذمم فى الملاء والثقة لا يمنعها كاختلاف الأعيان فى القيمة ، وبذلك قال الحسن وإسحق .

ومن الحنابلة من ذهب إلى أن هذا الخلاف فى ديون تشغل ذمما متعددة ، أما إذا كان الدين فى ذمة واحدة ، فلا تجوز قسمته قبل قبضه اتفاقاً ، لعدم إمكانها ، إذ القسمة إنما تكون بالإفراز ، وهو غير متصور فى دين يشغل ذمة واحدة .

هذا وقد ذكرنا أن الخيار لغير القابض فى مشاركته فيما قبض صاحبه أو فى رجوعه على الغريم وترك القابض . وإذا اختار أحد الأمرين لزمه ذلك ، فلا يعود إلى الآخر ، وليس للقابض أن يمنعه من الرجوع على الغريم بأن يقول له إنما أعطيك حصتك فى المقبوض كما أنه ليس للغريم أن يمنعه من الرجوع على القابض فيما قبض .

ذلك ما ذهب إليه أرباب القول الأول من المذهبين ، كما أنهم ذهبوا إلى أنه إذا هلك المقبوض فى يد القابض تعين لحقه فيهلك عليه لأنه متعده بقبضه ، أو لأنه هلك وهو على ملكه فيلزمه ضمانه ، وكان ذلك وفاء لدينه ، وكذلك الحكم إذا هلك بعد اختياره الرجوع على القابض وقبل أن يأخذه بناء على اختياره ، لأن هلاكه فى هذه الحال هلاك فى يد ضامنة متعدية بقبضه .

أما على القول الآخر ، أو الرواية الأخرى المروية عن أحمد ، فإن ما يقبضه أحد الشركاء فى الدين يكون له خاصة ، دون أصحابه ، ما دام ذلك فى حدود ما يخصه من الدين لا يزيد عليه ، وذلك لأن ما فى الذمة لا ينتقل إلى العين إلا

بتسليمه إلى الدائن. ودين غير القابض في دمه المدين، فلا يتعلق بعين تعطى
لشريكه في الدين وإذا لم يتعلق بها لم يكن له حق الرجوع فيها، وكانت مختصة
بقابضها، لثبوت يده عليها بحق وهو إعطاؤها إليه وفاء لحقه، وليس هذا من قبيل
قسمة الدين في الذمة، وإنما تعيين حق القابض فيما قبض بقبضه على وجه
الاستيفاء كما يتعين بالإبراء، ولو كان لغير القابض شركة فيه أو حق، لرجع عليه
بضمان حصته عند التلف^(١) في جميع الأحوال.

(١) المغنى، ج ٥، ص ١٩٧

الملكية الشائعة في المنافع

نريد هنا بالمنافع منافع الأعيان، وهو ما يمكن اكتسابه من الأعيان بواسطة استعمالها، وهى الهدف من ملكية الأعيان وغايتها فى الحقيقة وفى الواقع، فليست تملك الأعيان إلا لأجل الحصول على منافعها، وكان الاشتراك فى ملك الأعيان اشتراكا كذلك فى ملك منافعها. غير أن ملك المنافع قد يكون مستقلا ومنفصلا عن ملك مصادرها من الأعيان فيملك منفعة العين من لا يملك العين، وعندئذ يكون له ملك المنفعة دون ملك العين، وذلك بناء على اكتسابه ملك المنفعة بسبب من أسباب تملكها.

وأسباب تملك المنافع فى الشريعة الإسلامية : الإجارة والإعارة والوصية والوقف والوراثه والإقطاع .

الإجارة :

تفيد الإجارة ملك منفعة العين المستأجرة فيمتلك بها المستأجر منفعة العين التى استأجرها، ولذا يعرفها الفقهاء بأنها عقد يفيد تملك المنافع بعوض، وعرفها قدرى باشا فى مرشد الحيران بأنها تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة فى نظر الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة، (م ٤٧٠)، فمن استأجر داراً للسكن ملك منفعة سكنها، ومن استأجر عاملاً لعمل معين ملك عمله الذى حدد فى عقد الإجارة، وعلى ذلك إذا ما كان المستأجر اثنان أو أكثر، تملكوا جميعاً بالاشتراك فى المنفعة التى تم التعاقد عليها، فإذا كان ما تم التعاقد عليه سكنى دار - كان لكل منهم حصة شائعة فى سكنها، وإذا كان عمل عامل كان لكل منهم حصة شائعة فى ذلك العمل، ويترتب على ذلك وجوب تسليم العين المستأجرة، فيجب على مؤجرها أن يسلمها إلى المستأجرين ليتمكنوا من استيفاء حقهم منها على سبيل الاشتراك فى الانتفاع بها بالصورة التى يتم الاتفاق عليها بينهم إما اشتراكاً فى الانتفاع بها أو مهايأة بينهم.

ويجب على العامل أن يسلم عمله إلى مستأجره على الوضع الذى يطلبون طبقاً لما تم عليه التعاقد، فإذا كان العمل خدمة مثلاً خدم كلا منهم يوماً أو يومين مثلاً وهكذا، أو وزع خدماته عليهم على حسب اتفاقهم.

والنتيجة النهائية أن عقد الإجارة كيف كان وضعه يفيد المستأجر ملك المفعة التي كانت موضوعاً له، غير أن هذه المفعة تارة يكون محلها عيناً من الأعيان كالسكن بالنسبة للدور والركوب بالنسبة للدواب واللبس للثياب، وتارة يكون محلها الذمم كالأعمال بالنسبة إلى العمال، فإن محل العمل الذي وقع عليه عقد الإجارة هو في ذمة العامل، لأنه بعقد الإجارة تشغل ذمته به كالدين تشغل به ذمة المدين، وما يثبت في الذمة من ذلك قد يكون عملاً يقوم به الأجير بنفسه، وقد يكون منفعة يهيئ وسائلها للمستأجر مثل أن يتعاقد شخص مع آخر على أن ينقل له متاعه هذا من هذا المكان إلى مكان آخر بواسطة دوابه أو على أن ينقله إلى بلدة كذا بسيارة من سياراته، ففي مثل هذه الحال تكون المفعة التي هي محل العقد ثابتة في ذمة الأجير شاغلة لها. وعلى ذلك يكون الاشتراك في هذا العمل نظير الاشتراك في الديون الشاغلة للذمم.

ويرى علماء التشريع الوضعي - كما تقدم - أن عقد الإجارة لا يفيد ملكاً وإنما يفيد المستأجر التزاماً في ذمة الأجير يتمكن منه الانتفاع بالعين المستأجرة. والوفاء بهذا الالتزام يكون بتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر ليستوفي حقه منها. وبناء على ذلك يكون تسليم العين أثراً مباشراً للملك وفاء به على رأيهم، في حين يرى فقهاء الشريعة أنه أثر لتملك المستأجر منفعة العين وتعيينه طريقاً لاستيفائها من العين.

ومن فقهاء الزيدية من يعرف الإجارة في الأعيان بأنها عقد على عين مخصوصة معينة يستحق به قبض العين واستمراره لاستيفاء منافعها مدة معلومة بأجرة معلومة. وبالنسبة للأشخاص بأنها عقد على تحصيل منفعة معلومة بأجرة معلومة، كما في حاشية شرح الأزهار.

واتجاههم في تعريف الإجارة بهذا التعريف يكاد يتفق مع اتجاه علماء التشريع الوضعي في أن أثرها هو التزام المؤجر إما بإقباض العين التي تعلق بها العقد للمستأجر، وإما بقيامه له بعمل يحصل عليه منه، ولا شك أن هذا حق شخصي تدخل به ذمة المؤجر، غير أن تعريف الإجارة بهذا التعريف لا يتسق مع التكييف الشرعي الذي جعل أساساً لترتب أحكامها عليها اتساق التعريف السابق الذي هو

لجمهور الفقهاء من غيرهم . « انظر : (م ٥٥٨) مدنى مصرى ، (٥٥٧) لبيب ، (٥٢٦) مدنى سورى ، (٧٢٢) مدنى عراقى » . وقد ذكرنا فيما تقدم - حيث كان الكلام فى المنفعة - حكم تصرف المستأجر فى المنفعة التى يملكها .

العارية :

يعرفها الحنفية بأنها تملك المنافع بغير عوض فى الحال .

وعرفها قدرى باشا فى مرشد الحيران بأنها تملك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض ، (م ٦٦٣) .

وعرفها بعض المالكية بأنها تملك العين بغير عوض فى الحال . وبناء على ذلك يرى أن الحنفية والمالكية يرون أن الإعارة سبب شرعى لإفادة المستعير ملك المنفعة . وخالفهم فى ذلك الحنابلة والشافعية ، فعرفها الحنابلة بأنها إباحة الانتفاع بالعين بلا عوض .

وعرفها الشافعية بأنها عقد يفيد إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه .

وبناء على ذلك لا تكون العارية سبباً لملك المنفعة وإنما تعد سبباً لإباحتها لا تملكها وإلى هذا ذهب الكرخى من الحنفية .

وقد استدل أصحاب الرأى الأول بدليلين :

١ - أنها تنعقد بلفظ التملك فلو قال شخص لآخر ملكتك منافع دارى شهراً كان ذلك إعارة منه لداره شهراً والملك خلاف الإباحة .

٢ - أن للمستعير أن يعير غيره إذا كانت العارية لا يختلف استعمالها باختلاف المستعمل وهذا نوع من التصرف فى المنفعة وهو إعارة الملك . ولو لم يكن المستعير مالكا ما جاز له أن يعير ، ولذا لم يجز لمن أبيع له الانتفاع بشيء أن يعيره أو أن يبيع لغيره أن ينتفع به ، وقد استعار رسول الله (ﷺ) يوم حنين دروعاً من صفوان ، ولم يكن ذلك إلا لاستعمالها بواسطة جيشه ، وذلك عن طريق إعارتها منه لهم ، وذلك تصرف يدل على تملكه لمنافعها بالإعارة .

واستدل أصحاب الرأي الثانى بأربعة أدلة :

١ - أنها تنعقد بلفظ الإباحة، فلو قال شخص لآخر أبحت لك دارى تسكنها شهراً كان ذلك إعارة منه لداره شهراً.

٢ - أنها تصح من غير بيان مدة لها كما إذا قال شخص لآخر أعرتك كتابى هذا، ولو كانت تمليكا ما صحت لأن فى عدم ذكر مدة الانتفاع جهالة لا يصح معها التملك، كما إذا استؤجر الكتاب من غير مدة فإن الإجارة حينئذ تكون فاسدة.

٣ - صحة نهى المعير وذلك بالزام المستعير بما ينهيه عن المعير، فلا يتجاوز فى انتفاعه بالعارية إلى ما ينهيه عنه، ولو كان ملكا ما ألزم بذلك لأن المالك يتنفع بملكه كما يشاء.

٤ - أن المستعير لا يملك أن يؤجر العارية، ولو كان مالكا لمنفعتها لجاز له إيجارتها لأنها تصرف فيما يملك.

وقد نوقش هذا الاستدلال الذى استدل به للفريقين بما يأتى :

أولاً : بالنسبة إلى القائلين بإفادتها الملكية - بأن انعقادها بلفظ التملك لا يصلح دليلاً على ذلك، إذ قد يكون أساس انعقادها بهذا اللفظ هو استعماله استعمالاً مجازياً فى الدلالة على الإباحة، وشروط هذا الاستعمال متوافرة.

وبأن ما استدل به على إفادتها الملكية وهو جواز الإعارة من المستعير لاینهض دليلاً على من خالف ذلك إذ إن المخالفين لا يرون للمستعير أن يعير وليس فى الحديث ما يدل على أنه (ﷺ) قد أعار ما استعاره من صفوان إلى غيره، وإذا حدث ذلك فلمنما حدث عن إذن من صفوان، ولو بدلالة الحال فالحال أن الوقت كان وقت حرب وكانت العارية دروعاً عديدة، أو بدلالة العرف وعندئذ لا يكون أساس ذلك الملك بل إذن المعير بالإعارة للغير.

ثانياً : بالنسبة إلى استدلال الآخرين، نوقش بأن انعقاد الإعارة بلفظ الإباحة قد يكون الأساس فيه الاستعمال المجازى فى إرادة التملك من هذا اللفظ.

وأن صحتها من غير بيان مدة ترجع إلى أنها عقد غير لازم، فلم يكن عدم ذكر المدة فيها مؤدياً إلى الجهالة المفضية إلى النزاع كما في كثير من صور المبادلات والتبرعات^(١).

وإلزام المستعير بما ينهيه عنه المعير مرجعه إلى أن ذلك النهى من قبيل إنهاء الانتفاع المنهى عنه، وذلك ما يملكه المعير بحكم أنها عقد غير لازم.

وإنما لم يؤجر المستعير العارية، لأن الإجارة عقد لازم فلا تبني على عقد غير لازم وإلا ترتب على ذلك تغيير المشروع بجعل اللازم غير لازم، وهو الإجارة في حالة ما إذا استرد المعير العارية قبل انتهاء مدة الإجارة، أو بجعل غير اللازم لازماً وهو الإعارة، فلا ترد العارية إلى صاحبها إذا ما رجع في هذه الحال.

وإلى ذلك يرى أن منافع العين المستعارة معدومة عند إقدام المستعير على إجارتها فلا يرد عليها العقد ولا يمكن أن تجعل العين في يد المستعير قائمة مقامها لأن يد المستعير عليها يد غير مستقرة وبقاؤها في يده مجرد أمل واحتمال فلا تصلح أن تعد قائمة مقام منفعة يرد عليها عقد الإجارة.

وقد ذهب المالكية إلى أن المستعير يجوز له أن يؤجر العارية لغيره كما يجوز له أن يعيرها لغيره، لأنه مالك للمنفعة. ومن آثار الملك جواز التصرف فيها على جرى العادة وعلى الوجه الذي ملك^(٢).

ومن هذا يرى أن ليس في هذه الأدلة دليل ملزم للمخالف، وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الموضوع أن الحنابلة يرون أن العارية مجرد إباحة وليست عقداً يتوقف على القبول من المستعير بل هي مجرد إذن بالانتفاع، ولكن الشافعية مع ذهبهم إلى أن العارية تفيد الإباحة يرون أنها عقد يتوقف انعقادها على الإيجاب

(١) وفي هذا النقض نظر، لأن المدة تعد معياراً للمنفعة التي هي محل العقد، وهي التي يراد تمليكها به، وهي تختلف وتتعدد باختلاف الزمن؛ فالمنفعة في وقت غير المنفعة في وقت آخر، فعلى أية منفعة وقع العقد أهى المنفعة أثر التعاقد فقط، أو هي وما يليها؟ وإذا كان الأمر كذلك، فإلى أي أمد يتملك المستعير أيتملكها طيلة حياته؟ وذلك ما ينفيه العرف ولا يدل على زمن معين، وعلى هذا الوضع لا يصح التمليك، ألا ترى أنهم جعلوا الوصية المطلقة مؤبدة في الحكم، وليست الجهالة المفتقرة في التبرعات من هذا النوع وإذا وجد شيء منها توقف نفاذ التبرع على بيان المتبرع.

(٢) راجع الشرح الكبير للدرديرى، ج ٣، ص ٢٣٨، ونهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٣٧، والمغنى ج ٥، ص ٣٦٠، والزبلى، ج ٥، ص ٨٥.

والقبول، ويفرقون بينها وبين الإذن بالانتفاع بأن انتفاع المستعير بالعارية بناء على عقد الإعارة يجعل يده عليها يد ضمان، فإذا هلكت بلا تعد ولا تقصير ضمنها، بخلاف المأذون له في الانتفاع فإن العين في يده تكون أمانة. أما الحائبة فلا يفرقون بينهما ويرون أن الإذن بالانتفاع متى صاحبه وضع يد المتفع على العين صارت عارية في مذهبهم.

والعارية عند الحنفية إما مطلقة وإما مقيدة، والمقيدة إما أن تقيد بوقت أو بمنفعة أو بمنفعة أو بمكان.

فإذا قيدت بوقت أو بمنفعة معينة من منافعتها، أو قيدت بهما بتقيد المستعير بذلك، فلا ينتفع بالعارية قبل مجيء الوقت المحدد للانتفاع، بل ولا ينتفع بمنفعة أخرى إلا إذا كانت أدنى منها أو مماثلة، فإذا استعار دابة للركوب لم يجز له أن يحمل عليها. ذلك لأن الانتفاع بهاتصرف في ملك الغير، فلا يملك إلا على الوجه الذي أذن فيه المالك وذلك محل اتفاق.

وإذا قيدت بمنفعة - كأن شرط المعير على المستعير أن ينتفع بنفسه أو بواسطة فلان - فلا يجوز مخالفة هذا الشرط فيما يختلف استعماله باختلاف المنتفع، ويجوز له المخالفة فيما لا يختلف باختلاف المستعمل لعدم فائدة الاشتراط حيثئذ، ولأن المخالفة لا تعد مخالفة إذا كانت إلى خير أو إلى مثل مساوٍ، وهذا مبدأ عام - وهذا مع ملاحظة التقيد بالزمن أو بالمنفعة في هذه الحال.

وذهب التشريع الوضعي إلى تقيد المستعير بما يقيد به المعير مطلقاً، وإذا قيدت بمكان لم يجز له أن ينتفع بها في مكان آخر لأن نقلها إلى مكان آخر تصرف لم يأذن به المالك، فلا يجوز، فإذا استعار دابة ليركبها في القاهرة فليس له نقلها ليركبها في الإسكندرية.

وإذا كانت مطلقة انتفع المستعير بأي نوع من ضروب الانتفاع، وفي أي وقت وفي أي مكان عند الحنفية؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه، وقد ملك منافع العارية على وجه الإطلاق، فكان له أن يستوفيها على هذا الوجه ولا يتقيد إلا بالعرف لأن المطلق يتقيد بالعرف. والعقد كما يتقيد باللفظ يتقيد بالعرف، غير أنه يتقيد بأول منتفع فيما يختلف باختلاف المستعمل، فإن انتفع هو

بالعارية ابتداء لم يجز له أن يعير غيره بعد ذلك، وإن أعارها ابتداء لغيره لم يجز له بعد استردادها منه أن ينتفع بنفسه بعد ذلك؛ لأن الانتفاع الذى أذن له فيه أو ملكه بالإعارة انتفاع مطلق، فيتقيد بأول منتفع، وبناء على ذلك تتعين المنفعة التى أفاد الإعارة بالفعل فلا يجوز تجاوزها. ولكن إذا كانت المنفعة مما لا يختلف باختلاف المستعمل، لم يتقيد المستعير بأول منتفع لعدم الفائدة فى التقيد. ولذا لا يتقيد كذلك عند اشتراط ذلك لفظاً وإنما جاز له ابتداء أن ينتفع بنفسه أو يعير غيره لوجود الإطلاق.

والحكم عند التعميم كالحكم عند الإطلاق، كما إذا قال المعير فى إيجابه :
أعرتك هذه الدار ليسكنها من تشاء.

من فقهاء الحنفية من يرى أن المستعير إذا جاز له أن يعير غيره كان مالكا، وكان له بمقتضى ملكه ألا يتقيد بأول منتفع، فيجوز له أن ينتفع بنفسه بعد أن يكون قد أعار غيره فانتفع^(١). ولا يتقيد فى هاتين الحالتين بزمان ولا بمكان ولا بنوع من أنواع الانتفاع الذى يستوفى منها عادة.

ويرى الشافعية أن انتفاع المستعير بالعارية يتقيد بما أذن به المعير مطلقاً، لافرق بين ما يختلف استعماله باختلاف المستعمل وما لا يختلف مع مراعاة العرف، وأن الإذن والتقيد قد يكون عرفاً كما يكون نصاً، غير أنه إذا أذنه بمنفعة كان له تجاوزها إلى مثلها أو دونها ما لم ينه عن ذلك^(٢) لأن الرضا بشئ يعد رضا بمثله أو بما هو دونه، وإن شئت قلت بما هو أقل ضرراً.

ويلاحظ أنهم لا يجعلون للمستعير حق الإعارة لغيره على الأصح، ومثلهم الحنابلة فى عدم جواز ذلك للمستعير وفى وجوب تقيد المستعير بما يقيد به المعير.

ويظهر لى من بيان المالكية فى كتبهم أنهم يرون أن المستعير يتقيد بما يقيد به المعير إلا فى منفعة تجاوزها إلى مثلها فى النوع، أو إلى ما هو أخف منها وأدنى مشقة^(٣) لا إلى منفعة تختلف عنها نوعاً.

(١) الزيلعى وحاشية الشلبى عليه، ج ٥، ص ٨٥ وما بعدها.

(٢) نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٣٧، والمغنى ج ٥، ص ٣٦.

(٣) الشرح الكبير للدردير، ج ٣، ص ٤٣٨.

وفي القانون المدني المصري (م ٦٣٩) والقانون السوري المدني (م ٦٠٥) والمدني الليبي (م ٦٣٨) ، أن للمستعير أن يستعمل العارية على الوجه المين في عقد الإعارة مع مراعاة العرف وطبيعة العين المستعارة ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال لغيره، ولو على سبيل التبرع. ولا يكون مسئولاً عما يلحق الشيء المعار من تغيير أو تلف بسبب الاستعمال الذي يبيحه عقد العارية. وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

أما القانون العراقي المدني فقد جاء في مادته (٨٥١) أن المعير إذا قيد المستعير بنوع الاستعمال أو وقته أو مكانه فليس للمستعير أن يستعمل العارية في غير الوقت والمكان المعينين وليس له مخالفة نوع الاستعمال المأذون فيه ومجاوزته إلى ما هو فوقه ضرراً، وإنما له استعماله استعمالاً مماثلاً لما قيد به أو أخف منه ضرراً - وهذا ما يتفق ومذهب الحنفية ولا يكاد يختلف عما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

وفي مادته (٥٨٢) ينص على أن المعير إذا أطلق للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال، جاز له أن ينتفع بالعارية في أي وقت وفي أي مكان، وبأي استعمال أراد بشرط ألا يجاوز المعهود المعروف؛ فإن جاوزه وهلك العارية ضمنها، وهذا ما يتفق ومذهب الشافعية والحنابلة وكذلك مع مذهب الحنفية.

وفي مادته (٨٥٣) نص أولاً على أن المعير إذا أطلق للمستعير الإذن بالانتفاع، ولم يعين منتفعاً جاز للمستعير أن ينتفع بنفسه بالعين المعارة وأن يعيرها لمن شاء سواء أكانت المنفعة مما تختلف باختلاف المستعمل أم لا، ما لم يكن قد استعملها بنفسه وكانت مما تختلف بالاستعمال فليس له بعد ذلك إعارتها إلى غيره - ويقتضى ذلك أنه إذا أعارها ابتداء لغيره، لم يكن له أن يعيرها لشخص آخر خلافاً، إذ لا يفرق ذلك عما إذا انتفع بها ابتداء - ولكن هل ينتفع بها هو بعد ذلك، يظهر من مفهوم المادة أن له ذلك وهو مذهب بعض الحنفية وقد أشار إليه الزيلعي، وعلى ذلك فهذا الحكم يتفق في جملة مع مذهب الحنفية.

ونص ثانياً على أنه إذا قيد المعير العارية وعين منتفعاً يعتبر تعيينه - سواء اختلف الاستعمال باختلاف المستعمل أم لا، وإذا خالف المستعير فتلقت العارية ضمن.

ونص ثالثاً على أنه إذا نهى المغير المستعير عن إعاره العين فأعارها وهلك ضمن قيمتها، وفي هذين الحكمين خالف مذهب الحنفية من حيث إطلاق الحكم إذ هو مقيد عندهم بما يختلف فيه الاستعمال باختلاف المتفع.

وإذا كان المستعير يعد مالكا لمنفعة العين المستعارة عند الحنفية والمالكية، فإنه قد يكون أكثر من واحد، كما إذا استعار العين اثنان أو أكثر من مالكيها على وجه الاشتراك، فعندئذ يكون كل مستعير من هؤلاء مالكا لحصة شائعة من منفعة العين المستعارة، فإذا ما تسلموها انتفعوا بها على وجه الاشتراك أو على وجه التهايو كما سيأتى بيانه. ويلاحظ أن الاشتراك فى المنفعة نتيجة الاشتراك فيما أعير لهم.

الوصية :

الوصية التى تفيد ملك المنفعة وحدها هى الوصية بالمنافع، فإذا أوصى شخص لاثنين أو لأكثر بمنفعة عين من الأعيان كانوا شركاء فى ملك منفعة هذه العين، وكان لكل منهم حصة شائعة فى هذا الملك، وكان لهم هذا الملك بتمام الوصية، وذلك بموت الموصى مصرا عليها وقبولها من الموصى لهم، وكان لهم عندئذ أن ينتفعوا بها على وجه الاشتراك أو بالتهايو على ما سيأتى بيانه.

ويرى الحنفية أن الوصية بالمنافع تفيد تملكها سواء أكانت مطلقة أم غير مطلقة أم مؤبدة، غير أنها عند التقييد تفيد الموصى له ملكية مقيدة.

والى هذا ذهب الحنابلة كما يفهم من إطلاقهم^(١). ولذا أجازوا للموصى له أن يؤجر وأن يعير لأنه مالك للمنفعة، ومن أحكام الملك جواز التصرف، كما ذهبوا إلى أنها تورث إذا توفى الموصى له قبل انتهائها.

وقد علمت أن الحنفية إنما يجوزون للموصى له بالمنفعة أن يعير ولا يجوزون له أن يؤجر إلا إذا أوصى له بالاستغلال لأنه ملك المنفعة بالمجان، فلا يملك أن يملكها غيره بعوض لأن الملك بعوض أقوى من الملك بالمجان، ولا يرون جريان التوارث فيها لأنها تنتهى دائما بوفاة الموصى له.

(١) راجع القواعد لابن رجب، ص ١٩٦، وكشاف القناع، ج ٢، ص ٥٢١، والشرح الكبير للدردري، ج ٥، ص ٤٤٨، ونهاية المحتاج، ج ٦، ص ٨٣، وأحكام الوصية للمؤلف، ص ٤٦٤ وما بعدها.

أما المالكية فيرون أن الوصية بالمنافع قد تفيد ملك المنفعة وقد تفيد حق الانتفاع، وذلك بحسب ما تدل عليه عبارتها وما يحتف بها من القرائن، كأن يوصى بالمنفعة لتكون له على أى وجه شاء وليستفيع بها على أى وضع أراد - وإذا ما أفادت ملك المنفعة كان للموصى له أن يؤجر وأن يعير وأن يحبس، ولا تنتهى بوفاة الموصى له ويجرى فيها التوارث، بخلاف ما إذا أفادت حق الانتفاع، فإنها تكون من قبيل الإباحة وتنتهى بوفاة الموصى له.

ويرى الشافعية أن الوصية بالمنافع تكون من قبيل التملك وقد تكون من قبيل الإباحة، فإذا كانت مقيدة بحياة الموصى له كانت من قبيل الإباحة كما إذا قال الموصى أوصيت لفلان بمنافع هذه الدار مدة حياته. وعندئذ لا يكون للموصى له أن يؤجر. وأما الإعارة للغير ففيها وجهان: أحدهما عدم الجواز، وإذا كانت مؤيدة أو مطلقة كانت من قبيل التملك ومن ثم جاز للموصى له فى هذه الحال أن يؤجر وأن يعير وأن يوصى بها وأن يسافر بالعين عند الأمن ويجرى فيها التوارث^(١).

وقد ذهب القانون المدنى إلى انتهاء انتفاع المتفيع بوفاته، إذا كان حق انتفاع أو إعارة أو وصية - (م ٩٩٤، ٦٤٥)، (م ٥٩) من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

الوقف :

الوقف يفيد الموقوف عليه ملك المنفعة على الوضع الذى تحدده شروط الواقف. فإذا كان الموقوف عليه ممتلك منفعة العين الموقوفة عند جمهور الفقهاء، أما إذا كان غير معين بأن كان غير محصور كالفقراء أو جهات البر، فقد اختلفوا فى ذلك، فمنهم من ذهب إلى أنه فى هذه الحال من قبيل الإباحة كالشافعية، ومنهم من ذهب إلى أنه من قبيل تملك المنفعة كالحنفية، ولكن لا يثبت الملك للموقوف عليه إلا بالتسلم عندهم أى بالاستيفاء تسليما أو انتفاعا وإلى ذلك ذهب الحنابلة.

(١) راجع : نهاية المحتاج، ج ٦، ص ٨٣، وأحكام الوصية للمؤلف، ص ٤٦٤ وما بعدها.

ويرى المالكية أن أثر الوقف يرجع إلى إيجاب الواقف وما يدل عليه، فإذا دل على مجرد انتفاع الموقوف عليه بالموقوف كأن وقف فلان داره على سكنى فلان، أو على أن يسكن فلان، أفاد إباحة الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى دون ملك المنفعة - ولذا لم يكن له أن يؤجر لغيره ولا أن يسكن غيره - وإذا كانت صيغة الإيجاب تحتل تمليك الانتفاع وتمليك المنفعة، وشككنا فى تناولها المنفعة حملت على أن المراد بها الأدنى وهو تمليك الانتفاع أى الإباحة لأنه المتيقن، وإذا دلت على التمليك بأن تضمنت أن الموقوف عليه ينتفع بالعين الموقوفة بجميع أنواع الانتفاع أو صاحبها من القرائن ما يدل على إرادة ذلك - فإنها حينئذ تفيد ملك المنفعة.

وإذا كان الوقف فى هذه الحال على متعدد كان لكل من الموقوف عليهم حصة شائعة فى ملك منفعة العين الموقوفة فيشتركون فى الانتفاع بها، على سبيل الاشتراك أو على التهاؤ كما سيأتى (١).

الإقطاع :

يرى أبو يوسف رحمه الله أن للإمام أن يقطع كل موات وكل ما ليس فيه ملك لأحد، كما يرى أن للإمام العادل أن يقطع من بيت المال وأن يجيز منه من كان له عناء فى الإسلام، ويضع ذلك موضعه ولا يحابى به أحدا - نقل ذلك ابن عابدين من كتاب الخراج، وعلق عليه بأن القطائع تكون من بيت المال، وقد تكون من الموات - وذكر أنها إذا كانت من بيت المال فإنها تكون لمن هو من مصارفه - ويترتب على الإقطاع تملك ربة الأرض (٢).

وذكر فى كتاب الوقف أن الشيخ قاسم قال : إن من أقطعه السلطان أرضاً من بيت المال ملك المنفعة، فله إيجارها ويبطل هذا الإقطاع بموته، أو بإخراجه من الإقطاع لأن للسلطان أن يخرج منه، كما ذكر قبل هذا أن الإقطاع هو ما يقطعه الإمام، «أى يعطيه» من الأراضى ربة أو منفعة لمن له حق فى بيت المال (٣).

(١) الفروق للقرافى، ج ١، ص ٣٨٨.

(٢) ابن عابدين، ج ٣، ص ٢٩٠، طبعة الحلبي.

(٣) ابن عابدين، ص ٤٣١، من نفس المرجع.

ومن هنا يفهم أن الإقطاع قد يكون سببا لملك المنفعة كما يكون سببا لملك الرقبة وينتهى بموت صاحبه إذا أفاد ملك المنفعة .

ويرى الشافعية أن الإقطاع لا يفيد إلا انتفاع المقطع له على رأى المختار - ولذا لا يكون له أن يؤجر إلا أن يأذن له الإمام بذلك ، أو يستقر العرف عليه كما فى الإقطاعات بديار مصر - نقل ذلك العلانى وهو اختيار تاج الدين الغزارى - وأفتى النووى بصحة إجارة الإقطاع - وينتهى الإقطاع ب وفاة المقطع^(١) .

ويرى المالكية أن للإمام أن يقطع وأن الإقطاع ليس من قبيل التملك الحقيقى ، ولذا كان للإمام أن يسترد ما أقطعه فى أى وقت شاء^(٢) . ومقتضى هذا فيما أرى أنه لا يفيد إلا ملك المنفعة^(٣) .

ويرى الحنابلة أن للإمام أن يقطع ، وإذا أقطع فقد يكون على وجه الاستغلال لا على وجه التملك ، وهذا لا خلاف فيه عندهم - وقد يكون على وجه التملك وفى هذا خلاف ، فمنهم من منعه ومنهم من أجازة ، وإذا كان على وجه الاستغلال كان لمن أقطع أن يؤجر لأن الإجارة من قبيل الاستغلال - ودل ذلك على ملك المنفعة .

الوراثية :

يرى الحنفية أن ملك المنافع ومثله حق الانتفاع لا يقبل التوارث بل يستهى بموت مالكة ، ولا ينتقل إلى ورثته بأية حال عندهم ، ذلك لأن انتقال الشيء من مالك إلى مالك آخر لا يتصور إلا مع بقاءه والمنافع لا بقاء لها لأن ما يوجد منها فى حياة مالكةا ينعدم بوفاته ، والمعدوم لا يتصور فيه الانتقال ، وإذن لا تورث المنافع بل تنتهى دائما بموت مالكةا . وما قد يوجد منها بعد وفاته لا يملكه لأنه كان معدوما . حال حياته ، والمعدوم لا يملك - وإذن فلا وراثة فى المنافع فى جميع الأحوال .

واستثنى الحنفية من ذلك حقوق المرور والشرب والمسيل والتعللى ، فذهبوا إلى انتقالها بالوراثة ، وإن كانت من قبيل ملك المنفعة ، وذلك لأنها جرت مجرى الأموال فى دوامها وبقائها لاصقة بالعقار ، فثبت فيها لذلك التوارث .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٨٢ .

(٢) الفروق للقرافى ، ج ٣ ، ص ٨ .

(٣) القواعد لابن رجب ، ص ١٩٦ : ٢٠٠ .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فقد رأوا أن المنافع الموصى بها تنتقل بالوراثة إلى ورثة الموصى له إذا كانت الوصية غير محددة بموت الموصى له، وذلك بناء على أنها أموال عندهم والأموال تورث، وعلى ذلك يرى الشافعية والحنابلة والمالكية في الوصية المؤقتة أن من أوصى له بسكنى دار عشر سنين مثلاً ثم مات بعد سنتين من قبوله الوصية حل ورثته محلّه في المدة الباقية، بالوراثة فيكون لهم سكنى هذا الدار بقية المدة، وكذلك الحكم عندهم في الوصية المؤبدة إذا كانت لمعين أو لموصوف محصور، فتنقل المنفعة بطريق الوراثة إلى ورثة الموصى لهم ثم من بعد كل منهم ينتقل ما كان له إلى ورثته، وهكذا على الوضع الذي تورث به الأعيان فتنقل إلى الأحقاب، ويلاحظ أن حكم الوصية المطلقة عند الحنفية والشافعية والحنابلة حكم الوصية المؤبدة.

أما المالكية فيختلف الحكم عندهم في الوصية المطلقة باختلاف العين الموصى بمنفعتها، فإن كانت مما لا حياة لها كالدار والأرض كانت مقيدة بحياة الموصى له كراى الحنفية وعلى ذلك لا تورث إذا توفي الموصى له قبل هلاك العين. ويرى أشهب أنها في الحالين تنقيد بحياة الموصى له فلا تتأني الوراثة في منافعها^(١). (راجع م ٥٩) من قانون الوصية ١٧ لسنة ١٩٦٢ مدنى مصرى، (٩٥٤) سورى، (٩٩٧) لبيبى، (١٢٥٧) عراقى) ذلك الحكم فى الوصية.

أما فى الإجارة ، فإن الحنفية يرون أنها تنتهى بوفاة المستأجر أثناء مدتها، وإذن فلا توارث فيما يترتب عليها من منافع كما تقدم - وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها لا تنتهى بوفاة المستأجر فى أثناء مدتها ، وعلى ذلك يقوم ورثته بعد وفاته مقامه فى استيفاء منافع العين المستأجرة بطريق الوراثة بقية المدة.

أما المالكية فيرون أن ورثة المستأجر يجوز لهم عند وفاته أن يلتزموا للمؤجر بما يكون قد بقى له من أجرة، وعندئذ يقومون مقام مورثهم فى منافع بقية المدة إذا رضى المؤجر بدمتهم أو نقوده الأجرة، فإن لم يرض كان له لسخ عقد الإجارة ، وذلك ما يدل على بقائه فى هذه الحال وإن أبى الوراثة أن يلتزموا بالأجرة أجرت العين المستأجرة فى المدة الباقية ، وأعطى من أجرتها للمؤجر ما يفى بحقه والباقى

(١) راجع أحكام الوصية لنا، ص ٤٥٨ وما بعدها.

يعد تركه المستأجر، فإن لم تف أكمل للمؤجر أجرته من تركه المستأجر. ومؤدى ذلك أن الأجرة إذا كانت قد أعطيت للمؤجر حال حياة المستأجر قام ورثته مقامه في استيفاء منافع المدة الباقية بطريق الوراثة وأن عقد الإجارة لا ينتهي بالوفاة.

والقول بوراثته ورثة المستأجر هو ما ذهب إليه القانون المدنى المصرى (م ٦٠١) والقانون المدنى العراقى (م ٧٨٣) واللىبى (٦٠٠) والسورى (٥٦٨).

وأما فى الإعارة فالحنفية يرون انتهاءها بوفاة المستعير، وإذن فلا توارث فيما تفيد من منافع، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة لأنها إنما تفيد إباحة الانتفاع والإباحة تنتهى بالموت.

ويرى المالكية أنها تلزم المعير إن قيدها بمدة أو بعمل، فلا يجوز له أن يسترد العارية قبل المدة أو قبل انقضاء العمل، وعلى ذلك لا تنتهى بوفاة المستعير فى مدتها، ولا بوفاته قبل انتهاء العمل الذى قيدت به بل يقوم وارثه مقامه فيما بقى.

وذهب التشريع الوضعى فى البلاد العربية إلى أن العارية تنتهى بوفاة المستعير (م ٦٤٤) لىبى، (٨٦٣) عراقى، (٦١١) سورى، (٦٤٥) مصرى، وفيها جميعاً أن ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

ونفقة العين الموصى بمنفعتها والعين المعارة على المنتفع بها لا على المالك عند الحنفية ما دام منتفعاً بها؛ لأن الغرم بالغنم، فإن كانت حيواناً فعليه علفها ونفقات المحافظة عليها، خلافاً للشافعية والحنابلة إذ أوجبوا النفقة على المالك أثراً للملك (نهاية، ج ٥، ص ١٢٤، وكشاف القناع، ج ٢، ص ٣٣٨).

وأما فى الوقف فلا محل للتوارث فيه اتفاقاً لأن الانتفاع بالموقوف إنما يكون بما تقضى به شروط الواقف، فيكون لمن يستحقه بالشرط وارثاً كان أم غير وارث.

وأما الإقطاع - فلا توارث فيه عند من ذهب إلى أنه يبطل بموت المقطع «المنتفع» وكذلك عند من يرى أنه لا يفيد إلا حق الانتفاع كالشافعية على الرأى المختار عندهم، إلا أن يجرى العرف بيقضائه بعد وفاة المقطع وانتقاله إلى ورثته بالوراثة.

وتجرى فيه الوراثة على القول بلزومه وإفادته ملك المنفعة.

ونظير ذلك فى الحكم منافع الأرض الخراجية عند من يرى أن رقبته لا تكون ملكا لمن أبقيت فى أيديهم وإنما يكون لهم ملك المنفعة. أما الرقبة فتكون وقفا على المسلمين. وهذا مذهب الحنابلة ، فقد جاء فى مطالب أولى النهى : ومن كان بيده أرض خراجية فهو أحق بها ويرثها ورثته على الوجه الذى كانت عليه فى يد مورثهم كسائر حقوقه ، وليس للإمام أخذها منه . وذلك خلاف ما ذهب إليه المالكية إذ ذهبوا إلى وقفها وإلى أنه لا توارث فيها ، بل الأمر فى انتقالها بعد وفاة صاحب اليد عليها إلى الإمام فله أن يجعلها فى يد من شاء من ورثته أو من غيرهم .

الشركة فى الحقوق :

من الحقوق ما لا يقبل الاشتراك فيثبت لصاحبه كاملا ، كحق الشفعة وحق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق المرور . ومنها ما يقبل الاشتراك فيثبت لواحد أو لأكثر .

وإذا لاحظنا أن الحقوق ضرب من المنافع ، فإن الاشتراك فيها إذا ما حدث كان فى الحكم ، كالاشتراك فى المنافع ، على ما بينا ، ويثبت الاشتراك فيها إذا ما اتصل سببها بمتعدد .

وأسباب ملك الحقوق عديدة ، وهى مبينة فى أبواب الفقه على اختلافها ، وفى ذلك غناء عن التعرض لها فى هذا المقام خشية الإطالة . ومن الحقوق التى تقبل الاشتراك حق الشرب وحق التعلو وحق الرد بخيار الشرط فى البيع عند تعدد عاقلديه ، وحق الدين ، وحق حبس الرهن وغيرها ؛ كحق الحفظ كما إذا أودع شخص وديعة عند اثنين فإنهما يكونان شريكين فى القيام عليها ، وفى حفظها ، وكما إذا ألفت الريح متاعا فى دار مشتركة ، فإن الشركاء فيها يكونون شركاء فى حفظها^(١) .

(١) الدر المختار، ج ٣، ص ٣٦٤، طبعة الحلبي.

الملكية الشائعة في الأعيان

لهذا النوع من الملكية حالان :

أحدهما : ملكية المتجاورين في الدور للجدار المشترك بينهم الفاصل بين

دورهم .

ثانيتهما : ملكية الأرض وما قد يكون مقاما عليها من المباني والأشجار

والزرع وغيرها من المنقول .

الملكية الشائعة في الجدار المشترك الفاصل بين ملكين :

ذكر الفقهاء أن انتفاع الشريك بالعين المشتركة جائز بشرط ألا يترتب عليه

ضرر بالشركاء الآخرين .

وهذا أصل عام وبناء على ذلك، إذا كان لجارين جدار مشترك بينهما كان

لكل منهما أن يتنفع بهذا الجدار بوضع الأخشاب عليه ابتداء إذا كان ذلك لا يضر

بالجدار، ويرفعها من أسفل إلى أعلى ويخفضها من أعلى إلى أسفل ما دام ذلك

لا يضر به، كما يكون له نزع أخشابه منه بشرط عدم الضرر .

ولو أراد أحدهما أن يزيد في ارتفاعه فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه،

ولصاحبه منعه لأن هذا يعد من قبيل التصرف في المال المشترك، فلا بد فيه من

رضا شريكه إذ إنه يعد عرفا من قبيل التغيير . والتغيير في المال المشترك تصرف،

ولكن لكل شريك أن يضع خشبه عليه؛ لأن ذلك من منافع الحائط المشترك،

وذلك مشروط أيضا بعدم تضرر صاحبه بذلك . ولا يشترط أن تكون أخشاب

أحدهما مساوية لأخشاب الآخر .

وإذا انهدم الحائط أو خيف انهدامه لوهته فلذلك حالتان :

الأولى : ألا يكون عليه حمولة من قبل، وفي هذه الحال إذا طلب أحدهما

قسمة العرصه وأبى الآخر، لا يقسم بينهما، فقد روى عن محمد في ذلك أنه إذا

انهدم حائط بين شريكين فقال أحدهما أقسم، وأبى الآخر، أنه لا يقسم بينهما

فربما أصاب كلا منهما بالقسمة مع القرعة بينهما ما لا يلاصق دار صاحبه وما لا

يتصل بداره. ورتب على هذا بعض المشايخ أن ذلك الحكم إنما يكون إذا ما رفع الأمر إلى قاضي لا يرى القسمة إلا بالقرعة، أما إذا رفع إلى من يرى القسمة بلا قرعة، فإنه يقسم بينهما إذا كانت العرصة عريضة بحيث يتسع كل نصيب لإقامة حائط مستقل فيجعل لكل منهما ما يلاصق داره تميمًا للفائدة، وإلا لم يقسم بينهما. ويرى بعض المشايخ أن عرصة الحائط إذا كانت عريضة على هذا الوضع يجبر الأبى وبه يفتى لما في ذلك من تمام الفائدة، كأرض بين شريكين.

وإذا طلب أحدهما في هذه الحال أن يقوم ببناء الحائط على نفقتهما وأبى الآخر عليه ذلك، فإذا كانت عريضة لم يجبر الأبى على قبول ذلك إذ مآل ذلك إجباره على البناء في ملك شريكه، ولا يجبر على ذلك إلا إذا أصاب شريكه من ذلك ضرر، ولا ضرر لاستطاعة طالب البناء أن يقسم ويبنى على حصته. وذهب بعض المشايخ إلى إجباره إذ في إباته ضرر، وهو أن الطالب قد لا يستطيع البناء فتتعطل منافع الحائط. وسيصيب الأبى من المنافع ما يعوضه، وذلك ما يدل على عدم إجباره إذا لم تكن عريضة لتحقيق الضرر بالشريك.

وإذا بنى أحدهما بلا إذن من شريكه فهل يكون له أن يزجج على شريكه بشيء؟ قيل لا يرجع لأنه يعد في هذه الحال متبرعاً سواء كانت العرصة عريضة أم لا. وقيل إذا كانت عريضة لم يرجع لأنه بنى وهو غير مضطر إلى البناء إذ كان يمكنه أن يقسم وإلا رجع.

وإذا كان الحائط عليه حمولة قبل هدمه، فلذلك صورتان :

الأولى : أن تكون الحمولة لهما. وهاك أحكام هذه الحال :

١ - إذا طلب أحدهما قسمة عرصة الحائط بينهما فأبى الآخر لم يجبر؛ لتعلق حق كل منهما حينئذ بجميع العرصة، ولاشتراكهما في الحمولة، وفي قسمتها إسقاط حق الأبى عن باقي العرصة. وليس منهما من أراد البناء حتى ينظر في طلبه.

٢ - وإذا أراد أحدهما بناء الجدار وأبى عليه الآخر بناءه مطلقاً ففي ذلك ثلاثة آراء.

ذهب شيخ الإسلام إلى أنه لا يجبر مطلقاً إذ لا يجبر إنسان على البناء في ملك غيره .

وذهب السرخسي إلى أنه مجبر مطلقاً إحياء لحق صاحبه ، وفي ذلك منفعة وعليه الفتوى .

وذهب بعض المشايخ إلى التفصيل : فقال إن كانت عرصة الجدار عريضة لا يجبر ، لإمكان القسمة ، وإلا أجبر دفعا للضرر .

٣ - إذا طلب أحدهما بناءه من شريكه ، ولم يمانع في بنائه وهو يأبى المشاركة معه - كما طلب لم يجبر شريكه على ذلك ، وقيل لهما إن شئتما فاقسما العرصة ، وهذا إذا كانت العرصة عريضة ، فإن كانت لا تقبل القسمة اشتركا في البناء إن أمكن إجبار الآبى ، وإن لم يمكن فبناء الطالب كان له أن يرجع على صاحبه .

٤ - إذا بنى أحدهما بلا إذن صاحبه عد متبرعا وليس له أن يرجع على صاحبه بشيء . وعن محمد أنه يرجع لأنه إنما بنى إحياء لحقه فكان غير متبرع وهو الصحيح - وفي هذا القول تيسير .

٥ - إذا أراد أحدهما البناء وأراد الآخر القسمة أجيب طالب القسمة إن كانت العرصة عريضة ، وإلا أجيب طالب البناء دفعا للضرر .

الثانية : أن تكون الحمولة لأحدهما . وهاك أحكام هذه الحال :

١ - إذا طلب صاحب الحمولة القسمة وأبى الآخر ، وكانت العرصة عريضة أجبر على القسمة ، وبه يفتى - وإلا لم يجبر لتحقيق الضرر بالقسمة وذلك لعدم قبول العرصة القسمة .

٢ - إذا طلب صاحب الحمولة البناء وأبى الآخر أجبر على ذلك ، وهو الصحيح ؛ إذ في تركه ضرر بصاحبه .

٣ - إذا بنى صاحب الحمولة بلا إذن كان له الرجوع على صاحبه وهو الصحيح .

٤ - إذا قام بالبناء الآخر بدون إذن من صاحب الحمولة ، فإن كانت العرصة عريضة عد متبرعا ، ولم يرجع على صاحبه ، وإلا رجع عليه .

ثم فى كل موضع لا يعد البانى فيه متبرعا، يكون له أن يمنع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرجع عليه بما يصيبه من النفقة أو من قيمة البناء.

وجاء فى حاشية ابن عابدين :

وخلاصة القول فيما مضى أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه بأن أمكنه القسمة فأنفق بلا إذن فهو متبرع، ولا يرجع على شريكه على القول الصحيح.

وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه فلا بد من إذنه أو إذن القاضى، فإذا أذن من أحدهما يرجع عليه بحصته مما أنفق لأنه فى هذه الحال يعد وكىلا عنه فى العمل، وإلا كان متبرعا ليس له حق الرجوع بشيء إذ كانت له وسيلة لاستصدار إذن له بالبناء فأعرض عنها، فكان إعراضه دليل تبرعه.

وإن اضطر وكان شريكه لا يجبر على العمل معه، فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضى رجع على شريكه بحصته مما أنفق، وإن أقدم على العمل بلا إذن رجع على شريكه بحصته فى قيمة ما أقام^(١). وإنما لا يعد متبرعا لاضطراره وفقدان الوسيلة لحصوله على الإذن.

وإثبات أن الحائط الفاصل بين بناءين مشترك بين مالكيهما، تتبع فيه القواعد العامة للإثبات، فلا يختص ذلك بقاعدة خاصة، فعلى من يدعى ذلك الإثبات بالأدلة الشرعية الدالة على ذلك.

ذلك ما يتعلق بالشريعة الإسلامية، أما ما جاء بالقوانين الوضعية، فقد جاء القانون المدنى المصرى فيه ببيان شامل مستمد من التشريع الوضعى والشريعة الإسلامية، ونقله القانون الليبى حرفيا وأخذ القانون العراقى الجزء الأكبر من هذا البيان. أما القانون السورى واللبنانى فقد جاء بيان كل منهما مختصراً وتختلف بعض أحكامه عن أمثالها فى القانون المصرى وذلك نتيجة لاختلاف العادات والأعراف، وهو ما أسس عليه التشريع فى هذا المجال وفى الشرائع عامة.

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٣، ص ٨٣٩، وجامع الفصولين، ج ٢، ص ٢٠١.

فى إثبات الشركة فى الجدار :

تنص (م ٨١٧) مدنى مصرى على أن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ما لم يقم دليل على العكس، وذلك ما نص عليه فى المادة (١٠٩١) مدنى عراقى، (٨٢٧) مدنى لیبى.

ومفاد ذلك أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين لا بين أرضين، وأن يكون هذا الفصل على هذا الوضع قد تحقق منذ أنشئ الحائط، فإذا لم يتوافر ذلك بأن لم يكن وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ملاصق له ثم أقيم بعد ذلك البناء الآخر، فلا تقوم هذه القرينة. وتحقق هذا الوضع يكفى فى الحكم بالاشتراك فى الحائط عند ادعائه حتى منتهى البناء الأخفض - أما ما يعلو فلا تكفى هذه القرينة لإثبات الشركة فيه، ويتناول الحكم بالشركة الجدار وعرضته، ويستطيع المتنازع أن ينقض القرينة بدليل عكسى يدل على سقوط هذه القرينة بما يدل على عكسها. وقد تعد هذه القرينة فى الشريعة الإسلامية دليلا كافيا فى إثبات الشركة عند النزاع فيها عند من يرى بناء القضاء على القرائن إذا ما أفادت طمأنينة وظنا راجحا.

حقوق الشركاء فى الحائط المشترك :

تنص المادة (٨٥٠) مدنى مصرى على أنه ليس لأحد الشركاء فى الحائط المشترك أن يطلب قسمته لأن الغرض الذى أعد له الحائط يستوجب أن يبقى دائما على الشيوع. ولذا كان هذا الشيوع إجباريا وللشريك فيه أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له، وأن يضع فوقه أخشابا يقوم عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقسه. (م ٨١٤) فقرة ١ مدنى مصرى، (م ٨٢٣) فقرة أولى مدنى لیبى.

أما القانون المدنى العراقى فقد نص فى مادته (١٠٨٧) فقرة ١ على أن لكل من الشريكين فى الحائط المشترك أن يضع أخشابا أو غيرها بقدر ما لشريكه بشرط ألا يجاوز كل منهما ما يتحملة الحائط، وليس لأحدهما أن يزيد فى ذلك بدون إذن الآخر.

ونص فى المادة (٩٧٤) فقرة ٢ مدنى سورى على أنه يجوز لمالك حائط مشترك أن يضع أخشابا من جهة عقاره على الحائط المشترك أو أن يسند إليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحملة الحائط. ومثل هذا جاء فى (م ٧٠) من التقنين اللبنانى.

وهذا التشريع لا يختلف فى مجموعه عما أشرنا إليه من أحكام فى الشريعة الإسلامية، مع ملاحظة أن الشريعة إنما تشترط عدم إضرار أحد الشركاء بحقوق الآخرين، وألا يكون استعمال الحائط من شأنه أن يحمله فوق طاقته وإن تجاوز انتفاع أحدهما انتفاع الآخر به دون أن يحول ذلك دون انتفاع الآخر بمثل انتفاع صاحبه.

وليس لأحد الشركاء فى التشريعين أن يفتح فى الحائط المشترك مطلات أو منافذ لأن هذا يتعارض مع الغرض الذى أعد له الحائط، ويعد فى الواقع تصرفا غير مأذون به فى ملك الغير، ولذا كان للشريك حق منع صاحبه من فعل ذلك.

تعليق الحائط المشترك :

تنص المادة (٨١٥) مدنى مصرى على أن للشريك فى الحائط تعليته إذا كانت له مصلحة جدية فى هذه التعلية بشرط ألا يلحق شريكه بسبب ذلك ضرر بليغ، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء العلوى وعمل مايلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته، فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما يزيد فى سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء العلوى مشتركا دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق فى التعويض.

وهذا يطابق ما جاء فى المادة (٨٢٤) مدنى لىبى والمادة (١٠٨٩) فقرة ٢ مدنى عراقى - وتعلية الحائط قد تكون لستر سطح البناء أو الطبقات الجديدة التى يريد الراغب فى التعلية إنشائها، ولم يشترط القانون المصرى والقانون الليبى والقانون العراقى فى التعلية رضا الشريك الآخر، أو إذنه بل جعل ذلك حقا للشريك بخلاف القانون المدنى السورى والقانون اللبنانى إذ جاء فيهما أنه لا يجوز رفع الحائط المشترك أو البناء عليه بدون ترخيص من الشريك الآخر، وفى ذلك (م ٩٣٤) فقرة ١ مدنى سورى، و (م ٧٠) لبنانى، وذلك ما ذهب إليه فقهاء الحنفية كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق نقلا عن جامع الفصولين.

وبناء على ما تقدم، إذا اتفق الشركاء على التعلية تحمل كل منهم نصيبه في نفقاتها. وإذا لم يكن هناك اتفاق كان للراغب فيها - مع مراعاة ما ذكرنا - أن يستقل بها بالشروط التي بينها وليس في هذا ما يخالف الشريعة على الجملة.

وإذا انفرد أحد الشركاء بتعلية الحائط المشترك على الوضع الذي بيناه أصبح الجزء المعلق ملكاً خالصاً له. ولكن للشريك الآخر إذا ما تجددت له حاجة في الاستفادة من هذا الجزء المعلق حق الاشتراك فيه، إذا هو قام بدفع نصف ما أنفق عليه ونصف قيمة الأرض التي زيدت في عرصته، تبعاً لزيادة سمكه إن كانت هناك زيادة، وهذا ما نص عليه في المادة (٨١٦) من القانون المدني المصري والمادة (٨٢٥) لیبی، والمادة (١٠٩٠) عراقی، وهو كما نص عليه أيضاً في القانون المدني السوري (م ٩٧٥) وفي الجزء الأخير من المادة (٧١) لبنانی. وحق الاشتراك في الجزء المعلق لا يسقط بالتقادم، فتجوز المطالبة به في أي وقت.

التزامات الشركاء في الحائط المشترك :

تنص المادة (٧١٤ ب - ٢) مدنی مصری على أنه إذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه، وهذا النص مطابق لما جاء في المادة (٨٢٣) فقرة ٢ مدنی لیبی والمادة (١٠٨٧) فقرة ٢، مدنی عراقی، وهو ما تقضى به القواعد العامة الشريعة.

وبناء على ذلك يكون لأى منهم في هذه الحال أن يجبر الآخرين على المشاركة في هذه النفقات بهذه النسبة ما دامت ضرورية لاستعمال الحائط المشترك، وفقاً للغرض الذي خصص له.

ولكن إذا كانت مصلحة تجديده تخص أحد الشركاء وحده كان وحده هو الملزم بهذه النفقات، ويستطيع الشريك أن يتخلص من هذه الالتزامات إذا تخلى عن حق ملكه في الحائط طبقاً للقواعد العامة التي تجيز التخلي عن الحق العيني، وعند ذلك لا يجوز له بعد هذا التخلي أن يستفيع بالحائط. ويلاحظ أنه يمتنع على الشريك أن يتخلي عن هذا الحق، إذا كانت حاجة الحائط التي دعت إلى الإصلاح أو التجديد ترجع إلى خطأ من جانبه، إذ يتعين عليه حينئذ أن يتحمل وحده نفقات هذا الإصلاح والتجديد.

الملكية الشائعة فى العقار والمنقول :

أما الملكية الشائعة فى المنقول، فيثبت بها لجميع الشركاء فيه حق الانتفاع بحسب حصة كل منهم فيه .

والمنقول إما مثلى وإما قيمي، فإن كان مثلياً فانتفاع الشركاء فيه يكون بعد قسمته بينهم إن تيسرت بسبب تعدد وحداته أو عدم تلاصق أجزائه كالمعدود المتماثل والمكيل والموزون . وإن لم تكن كان انتفاعهم به بطريق المهايأة الزمانية . ولكل شريك أن يتصرف فى حصته بما يشاء من بيع وإجارة وهبة ورهن مع مراعاة شروط كل تصرف من حيث توقفه على القسمة والتسليم أو عدم توقفه . وليس للمنقول المشترك من ناحية الانتفاع به أو التصرف فيه أحكام يختص بها تستوجب الشرح والتفصيل، ولذا لا يرى للفقهاء فيها بحوث مستقلة .

أما العقار المشترك، فإن بيان أحكامه يكون بالنظر فى الموضوعات الآتية :
طريقة الانتفاع به، إدارته والمحافظة عليه وصيافته ونفقاته، التصرف فيه، ما يترتب على الشركة فيه من حق التملك .

انتفاع الشركاء به :

الشريك فى العين بالنظر إلى حصته الشائعة فيها مالك له حقوق الملك فيما يملك منها، وله منافع وثمراته، وبالنظر إلى حصة غيره من الشركاء فيها أجنبى ليس له حق الانتفاع بها ولا حق التصرف فيها إلا فى حدود ما يعطى من ولاية فى ذلك يكتسبها من صاحب الحصة بإذن يصدر منه صراحة أو عرفاً، ومن ثم تتحدد حقوق كل شريك فيها بقدر حصته منها، وإن كانت لا تتركز ولا تنحصر فى جزء معين محدد منها بسبب شيوع حصته فيها، وانتشارها فى جميع أجزائها مهما ضوئت، وإنما تتعلق بالعين جميعها على هذا الوضع :

وإذا كان للمالك بمقتضى ماله من حق الملك أن يستعمل ما يملك وأن يستغله وأن يتصرف فيه، فإن سلطة الشريك صاحب الحصة الشائعة فى العين المشتركة تكون مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين بحيث لا ينالهم من مباشرته لحقوقه فيها ضرر غير معتاد، فى سبيل مباشرتهم لحقوقهم فى حصصهم كذلك . وذلك

أصل عام اتفقت عليه كلمة الفقهاء الشرعيين جميعاً وبه أخذت القوانين الوضعية في البلاد العربية، وهو ما أشير إليه في الفقرة الأولى من المادة (٨٢٦) مدنى مصرى، والمادة (٧٨٠) مدنى سورى، والمادة (٨٢٥) مدنى لىبى، إذ جاء فيها جميعها : أن كل شريك فى الشىوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق ضرراً بحقوق الشركاء الآخرين.

وفى هذا المعنى أيضاً ما جاء فى المادة (٦) مدنى عراقى وبه أخذت المادة (٨٢٦) من قانون الموجبات اللبئانى، إذ نص فيها على أن كل شريك يمكنه أن يستعمل الشىء المشترك على نسبة ماله من الحق بشرط ألا يستعمله على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم.

وعلى هذا فالأعمال التى يستطيع الشريك فى الملك الشائع أن يباشرها منفرداً هى التى تكون فى نطاق ما أعدت له العين المشتركة، ويستطيع الشركاء جميعاً فى الوقت نفسه أن يباشروها كل على الفرد، وذلك مثل أن يكون الشىء المشترك طريقاً فيكون لكل منهم أن يمر فيه متى أراد وكلما شاء، أو يكون مسيلاً فيكون لكل شريك فيه أن يصرف فيه ما يفضل من الماء المستعمل فى ملكه فى أى وقت، وهكذا بحيث لا يترتب على استعماله ذلك الاستعمال ضرر بغيره، كأن يحول بينه وبين استعماله لهذا الحق أو ينقصه.

أما منافع الاستعمال أو الاستغلال التى لا تقبل المشاركة على هذا الوضع من الاستقلال والافراد لأن مباشرتها تستلزم الاستئثار بالعين المشتركة جميعها أو بجزء معين منها، فلا يجوز لأى شريك فيها أن يقوم بها منفرداً مستقلاً وإن لم يتجاوز فى انتفاعه على هذا الوضع جزءاً معيناً معادلاً فى المقدار لحصته الشائعة فى العين. وذلك مثل أن يبنى الشريك فى الأرض المشتركة كلها أو فى جزء منها يساوى فى المساحة حصته فيها، أو أن يزرعها أو أن يؤجرها إلا فى حدود المبدأ الذى أشرنا إليه فيما سبق وهو أن يكون ذلك عن ولاية شرعية وإلا كان ذلك منه تجاوزاً لحقه واعتداءً على حقوق غيره من الشركاء، ومن ثم كان لهم إذا ما أقدم على ذلك حق منعه ومخاصمته وطلب إزالة ما أحدث من بناء أو غراس، ورفع

يده عما استولى عليه مع مراعاة ألا يكون فى ذلك تعسف فى استعمالهم لهذا الحق على ما بينا من قبل فى كلامنا وشرحنا لهذا النظرية .

وقد ذهب الحنفية استثناء من هذا المبدأ إلى جواز انتفاع الشريك ذى «الحصة الشائعة» بالعين المشتركة جميعها إذا كانت داراً أو بيتاً لا تضرهما سكناه فيهما أو أرضاً لا تنقصها زراعته إياها أو خادماً/ وذلك بشروط ثلاثة :

١ - أن يكون الشريك الآخر غائباً .

٢ - ألا يكون فى انتفاعه ضرر للعين كلها .

٣ - ألا يكون الشريك الآخر يتيماً .

وذلك بخلاف نحو الدابة من كل ما يختلف استعماله باختلاف المنتفع ، ومثل غيبة الشريك موته إذا لم يكن وارثه حاضراً .

وفى القنية : لا يلزم الشريك الحاضر فى الملك المشترك إذا انتفع به كله أجر نظير ما انتفع من ملك صاحبه وليس للغائب أن يستعمله إذا حضر بقدر ما استعمله الحاضر زمناً أو مكاناً لأن ذلك لا يكون إلا بطريق المهايأة ولا تكون المهايأة إلا عن رضا أو بعد خصومة .

وفى جامع الفصولين أن هذا استحسان مبناه أن للشريك فى الدار أن يدخلها بلا إذن شريكه حال حضوره ، إذ يتعذر عليه الاستئذان كلما أراد دخولها لأنه كثير متوال ، وعلى هذا أمر الدور فيما بين الناس ، والدخول ضرب من الانتفاع بالدار فإذا جاز تيسيراً ومصلحة . . جازت سكناها كذلك .

والأصل فى ذلك أن الدور المشتركة فى حق السكنى تجعل كملك لكل من الشريكين على الكمال ، إذ لو لم تجعل كذلك لمنع كل منهما من دخول وقعود ووضع أمتعة إلا بإذن من صاحبه ، فتتعطل منافع أملاكها ، وهذا لا يجوز ، ومن ثم اعتبر الحاضر ساكناً فى ملك نفسه ، فلم يلزمه أجر .

وفى الخانية الدار كالأرض فى انتفاع الحاضر بها كلها وأن للغائب أن يسكن بعد حضوره مثل ما سكن شريكه ، وهذا رأى آخر استحسنته المشايخ وهو مروى عن محمد وعليه الفتوى .

وفى الخانية أيضا أن للحاضر أن يسكن كل الدار بقدر حصته زمانا، وفى رواية يسكن منها بقدر حصته مكانا فقط، وهذا يتفق مع سابقه وأساسهما واحد وهو استحقاق الشريك الغائب أن يعوض بقدر ما فاته عن الانتفاع ومبنى هذا فيما يظهر اعتبار انتفاع الشريك الحاضر من قبيل المهياة التى تتم عن تراضٍ إذ لا يتصور عرفا أن يرفض الغائب أن يعوض فكان ذلك دليل الرضا بما تم.

ولو خاف تخريبها لعدم سكنائها، سكنها كلها لأن ذلك يكون من قبيل الحفظ، وفى هذه الحال لا يسأل أجرا لأن حفظ المال المشترك من ولاية كل شريك عرفاً.

وكذلك الحكم فى الخادم يستخدمه أحد الشريكين أياما بقدر حصته، ورأى ابن عابدين بناء على هذا النص أن إطلاق شارح الدر فيما تقدم بالنسبة للدار والبيت والأرض جاء فى محل التقييد، وذلك ما يدل على أنه ليس فى المسألة روايتان فى رأيه (الدر، وابن عابدين، ج ٣، ص ٢٦٨، وتقرير الرافعى ج ٢، ص ٦٩).

بناء على ما تقدم اتفقت التشريعات الإسلامية والوضعية على أن جميع نفقات العين المشتركة سواء أكانت عقارا، أم منقولا، حيوانا أم جمادا، تكون على الشركاء جميعا كل بقدر حصته فى العين المشتركة، فإذا قام أحدهم بهذه النفقات بدون إذن من الآخرين أو أمر من القاضى عد متبرعا بما أنفق، فلا يحق له أن يرجع عليهم بشىء منه إذا رضوا. ذلك هو المبدأ العام، إلا أن فقهاء الشيعة كانت لهم آراء مختلفة قضت باستثناء مسائل من هذا الأصل، أجازوا فيها للشريك إذا ما قام بالإنفاق على العين المشتركة وحده، دون إذن من بقية الشركاء أو أمر من القاضى، أن يرجع على الشركاء الآخرين بما يخصهم من هذه النفقة، وذلك لما ارتأوا فيها من أسباب تسوغ ذلك الرجوع.

وقد اختلفت آراؤهم فى ذلك باختلاف أنظارهم وتقديرهم، فمنهم من جعل مناط الرجوع على بقية الشركاء فى هذه الحال اضطرار المنفق إلى الإنفاق، لأن اضطراره يدل على عدم تبرعه دون نظر إلى حال غيره من الشركاء من ناحية أنهم يجبرون شرعاً على هذا الإنفاق أو لا يجبرون، ومنهم من نظر إلى هذه الحال

نظراً آخر، فذهب إلى إعطاء المنفق حق الرجوع على أصحابه إذا كانوا يجبرون شرعاً عليه، إذ كان يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي في هذه الحال لإجبارهم على مشاركته في الإنفاق أو لحصوله على إذن منه به إذ امتنعوا ولم ينفذوا حكمه، وكان تفويته ذلك على نفسه بعدم الالتجاء إلى القضاء دليل تبرعه لعدم اضطراره حيثذ إلى أن يستقل بالإنفاق، فلم يكن له بسبب ذلك حق الرجوع بخلاف الحال الأولى، إذ كان قيامه بالإنفاق وحده بناء على امتناع شركائه وعدم وجود وسيلة لإجبارهم مع وجوب الإنفاق عليهم لاشتراكهم في الملك، دليلاً على عدم تبرعه لاضطراره إلى ما أقدم عليه، ولم ير ذلك بعض الفقهاء، وهكذا اضطربت الأحكام وتعددت المسائل المتشابهة المنقولة عنهم التي اختلفت فيها الأحكام على الرغم من تشابهها، وذاك بعض هذه المسائل :

١ - في الأشباه والنظائر عن الولولجية : حمام مشترك بين اثنين احتاج إلى عمارة وطلبها أحدهما من صاحبه، فامتنع فقام الطالب بها دون إذن من الآخر أو أمر من القاضي رجع على شريكه بحصته .

والملاحظ في هذا الفرع أن العين المشتركة لا تقبل القسمة وإذن فمثلها في هذا عين لا تقبل القسمة كالدار الصغيرة، والطاحونة، والدابة وغيره ذلك . وهذا ما يدل على أن مناط الرجوع في مثل ذلك هو تضرر الشريك الطالب من عدم استجابة صاحبه إلى ما طلب وضياع حقوقه بترك العمارة واضطراره إليها محافظة على حقوقه، وفي مثل هذا يجبر الشريك عليها شرعاً عند امتناعه . وإذن فعلة الرجوع في هذه المسألة ومثيلاتها الاضطرار وجوار إجبار الشريك ولم يجعل فيها عدم رفع الأمر إلى القاضي للحصول على إذن منه دليلاً على التبرع .

٢ - وفي الأشباه أيضاً - تفريعاً على قاعدة لا ضرر ولا ضرار : لا يجبر الشريك على الاشتراك في عمارة العين المشتركة عند الحاجة إليها، وإنما يقال لمريدها أنفق واحبس العين إلى استيفاء قيمة البناء الذي تنشئه أو مقدار ما أنفقت في إنشائه، ولا تمكن شريكك من الانتفاع به حتى تستوفى حقه . وإنما يحبسها إلى استيفائه حقه من شريكه وهو ما يخص شريكه فيما أنفق، إذا أنفق بإذن شريكه أو بأمر القاضي، أما إذا أنفق بلا إذن من شريكه وبلا أمر قاض فليس له إلا قيمة ما يخص شريكه مما أنشأ لا بمقدار حصته فيما أنفق .

ويرى فى هذا الفرع أنه مطلق فى المشترك فلم يفرق فيه بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وأنه جعل للشريك المطالب إذا أنفق بلا إذن من صاحبه ولا أمر من القاضى، حق الرجوع على صاحبه بحصته من القيمة لا من النفقة.

ولم يتعرض فيه لما يصيب صاحبه من ضرر ولا لإجباره من عدمه، ولكن يظهر من تفريعه على قاعدة لا ضرر ولا ضرار أنه يشترط أن يترتب الضرر على عدم العمارة. وإذن يكون المناط فى اعتبار المتفق غير متبرع ترتب الضرر على عدم العمارة، ولكنه يجب لترتب الضرر ألا يكون العقار المشترك قابلاً للقسمة، أما إذا كان قابلاً لها فإن الطالب يستطيع عند الامتناع أن يقسم وأن يقوم بعمارة حصته من العين المشتركة، ونتيجة ذلك أن المناط هنا هو تحقق الضرر بينما يرى أن المناط فى المسألة السابقة الضرر وجواز الإجبار على القسمة جميعاً.

٣ - طاحونة مشتركة بين اثنين قال أحدهما لصاحبه اشترك معى فى عمارتها فقال له صاحبه إن العمارة التى عليها الطاحونة تكفينى ولا أرضى بعمارتك التى تريدها، فانفرد الطالب بعمارتها، عد متبرعا ولاحق له فى الرجوع «الدر المختار نقلا عن جواهر الفتاوى» .

ويلاحظ أن هذا الفرع مخالف للنوع الأول لأن الطاحونة مما لا يقبل القسمة ويجبر فيه الشريك ويتضرر طالب العمارة من تركها، ورضا صاحبه بالحالة التى هى عليها لا يبرر ترك عمارتها إلى ما كانت عليه، ولا يرفع الضرر، ومع ذلك عد متبرعا عند انفراده بالإتفاق خلافا لما أسس عليه الحكم فى الفرع الأول^(١).

٤ - وفى الدر المختار أيضا فى نفس الموضع : طاحونة مشتركة بين اثنين طلب أحدهما من صاحبه الاشتراك فى عمارتها فأبى، فانفرد الطالب بعمارتها لم يكن متبرعا.

والحكم فى هذا الفرع يختلف عن الحكم فى سابقه ويتفق مع الحكم فى المسألة الأولى، وقد نص فيه على أن أحد الشريكين إذا انفرد بالإتفاق على العبد أو أدى خراج الكرم المشترك كان متبرعا، لأن الآخر يجبر على الإتفاق، وكذلك

(١) الدر المختار، ج ٣، ص ٣٨٧ وما بعدها.

الحكم فى الانفرد بالإنفاق على الدابة المشتركة فيعد المنفق متبرعا إذا انفرد بالإنفاق.

وهذا ما يدل على اشتراط الإذن من القاضى أو من الشريك فى جميع الأحوال، حتى لا يعد المنفق متبرعا، لأن الضرر هنا فى هذه المسائل متحقق إذ فى عدم الإنفاق على الحيوان تلفه، وفى عدم المشاركة فى الخراج الإيجاب، وفى الكرم المشترك تلفه، إذا ترك الإنفاق عليه، وهذا مع ملاحظة عدم إمكان القسمة فى العبد والدابة، وهذا ما يستوجب الإيجاب، وعليه يكون الحكم فى هذا الفرع مخالفا لما ذكر فى الطاحونة.

٥ - وجاء فى ابن عابدين : الدار إذا أمكنت قسمتها، وامتنع الشريك عن الاشتراك فى عمارتها، فإنه لا يجبر إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه، ولو أنفق الآخر عليها بلا إذن صاحبه، كان متبرعا لأنه غير مضطر إذ يمكنه قسمتها، وتعمير حصته منها كما فى الخانية.

وهكذا تجدد فى الفتاوى وفى كتب فقه الحنفية مسائل متشابهة اختلفت فيها الأحكام مما دعا ابن عابدين إلى أن يقول أن مسائل هذا الباب وقع فيها تحير واضطراب فى كلام الأصحاب. ثم انتهى من النظر فى هذه الفروع والمسائل. وفيما عليه الفتوى والاعتماد من هذه الأقوال إلى وضع الضابط الآتى أخيرا.

وقد جاء فى الدر المختار أن كل من أجبر شرعا أن يعمل مع شريكه فعلا إذا فعله أحدهما بلا إذن فهو متطوع، وإلا لم يكن متطوعا ولا يجبر الشريك على العمارة إلا فى ثلاث :

١ - أن يكون الشريك ضعيف الأهلية أو فاقدها وعليه وصى.

٢ - أن يكون المشترك وقفا عليه ناظر.

٣ - أن يكون الشيء المشترك متعذر قسمته، ككرى نهر وممرمة قناة وممرمة بئر وعمارة دولا ب أو سفينة معينة أو حائط لا يقبل القسمة أساسه، فإن كان أساسه يقبل القسمة، وبني كل شريك فى نصيبه حائطا خاصا به فلا إيجاب ومثل ذلك كل ما لا يقسم كحمام وطاحون.

وقد علق ابن عابدين على هذا بأنه لا بد من تقييد عدم اعتبار المنفق متبرعا بأن يكون مضطراً إلى إنفاق شريكه معه ثم انتهى أخيراً إلى الضابط الذي وعدنا بذكره وهذا بيانه :

الشريك إذا لم يكن مضطراً إلى العمارة ولا يجبر شريكه على الاشتراك معه فيها بأن أمكنت قسمة العين المشتركة فأنفق بلا إذن فهو متبرع وإن اضطر إلى ذلك وكان الحكم أن شريكه يجبر على العمل معه، فلا بد في رجوعه عليه من إذنه أو من أمر القاضى وعندئذ يرجع على شريكه بما أنفق ، لأنه قام بالعمل باعتباره وكيلًا عن صاحبه لصدور إذن صاحبه له أو أمر القاضى إياه، وإلا اعتبر متبرعا ولا يحق له الرجوع بشيء، وإن اضطر وكان الحكم أن شريكه لا يجبر على الاشتراك معه في العمارة، وأنفق بإذن منه أو بأمر من القاضى فإنه يرجع بكل ما أنفق وإن أنفق بلا إذن وبلا أمر رجع بقيمة ما أقام من عمارة لا بما أنفق عليها (من الدر المختار، وحاشية ابن عابدين عليه، ج ٣، ص ٣٨٧ وما بعدها، والأشباه والنظائر، وجامع الفصولين، ج ٢، ص ٥٩ وما بعدها).

ولهذا الاضطراب في مذهب الحنفية رأيت من المستحسن أن أعرض لما ذهب إليه الأئمة الآخرون .

ذهب المالكية إلى أن المشترك إذا كان مما يقبل القسمة لم يجبر الشريك الممتنع عن العمارة على مشاركة الطالب له فيها لاندفاع الضرر بالقسمة، وإن كان مما لا يقبل القسمة كحمام وفرن وحانوت وبرج وغيرها، وأبى الشريك أن يشارك في العمارة أمره القاضى بالمشاركة فيها ، فإن أبى قضى ببيع حصته كلها لمن يقوم بالعمارة . وذهب الشيخ النفراوى إلى أن المعتمد أن يقضى ببيع الكل ولو كان ثمن البعض يكفى للعمارة، دفعا للضرر بتكثير الشركاء، ولطالب العمارة أن يأخذ المشترك بما قام عليه من الثمن، ويستثنى من ذلك البئر والعين، فلا يجبر فيهما على البيع، ولكن يقال لطالب العمارة عَمْرٌ إن شئت، ولك ما حصل من الماء بسبب عمارتك، إلى أن تستوفى بقدر ما أنفقت، ما لم يدفع لك صاحبك ما يخصه من النفقة (من الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي عليه، ج ٣، ص ٣٦٥).

وذهب الشافعية إلى أن أحد الشريكين ليس له إجبار صاحبه على العمارة إذ الممتنع يضر بإجباره على العمارة، والضرر لا يزال بالضرر، ويجرى ذلك في نهر وقناة وبئر مما لا يقبل القسمة، وقيدوا ذلك بالألا يكون الشريك الآخر محجوراً عليه أو وقفاً، ففي هذه الحال يجبر الولي أو الناظر مراعاة لمصلحة المحجور عليه وإبقاء لعين الوقف.

وإذا كانت العين المشتركة قد انهدمت وأراد أحد الشريكين بناءها لنفسه، لم يمنع وكان البناء له وينفرد بالانتفاع به لأنه ملكه، وإذا أراد إعادتها بنقضها المشترك فلآخر منعه كسائر الأعيان المشتركة (هـ من نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠٠).

وبناء على هذا لم يفرقوا بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا كان بين شريكين حائط مشترك فانهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى الآخر، ففي إجباره على المشاركة في العمارة روايتان، إحداها يجبر، نقلها حرب، وهى أصح الروايتين.

قال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا، وبه قال مالك في إحدى روايتين عنه، وقال به القاضى فى القديم، واختاره بعض أصحابه وصححه؛ لأن فى ترك العمارة ضرراً فيجبر عليها، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحد الشريكين، وعلى نقضه إذا خيف سقوط البناء عليهما، وذلك لقول النبى (ﷺ) لا ضرر ولا ضرار.

والرواية الثانية لا يجبر، وهى أقوى دليلاً وهو مذهب أبى حنيفة، إذ لا يجبر المالك على عمارة ملكه، إذ إنه ملك لأحرمة له فى نفسه، فلا يجبر صاحبه على الإنفاق عليه، كما لو كان له خاصة. وفارق القسمة فإنها دفع للضرر فيها بما لا ضرر فيه. وإعادة البناء أو العمارة فيها مضرة بإلزام أحدهما بإنفاق ماله، ولا يزال الضرر بما فيه ضرر. وإنما يزال بما ليس فيه ضرر. ويفارق هدم البناء إذا خيف سقوطه، لأنه يخاف من سقوطه تلف غيره، فيجبر على ما يزيل هذا التلف. ولا نسلم أن فى تركه عمارة المنهدم ضرراً فإن الضرر إنما حصل بانهدامه لا بترك إعادته. وترك البناء ليس إلا تركاً لما يحصل به النفع، وقد يكون الممتنع لا يرى أن انتفاعه بالإنفاق عليه يعادل ما سينفقه فى هذه السبيل وقد يكون معسراً، ولكن إذا أراد الطالب للعمارة البناء، فليس للممتنع منعه وله بناؤه بأنقاضه، إن شاء، وبناؤه

بآلة من عنده، فإن بناه بأنفاضة فالحائط بينهما على الشركة، كما كان لأن المنفق إنما أنفق على التالف، وذلك أثر لا عين يملكها، وإن بناه من عنده فالحائط له خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ولا يملك إجباره على نقضه، لأنه لا يملك منعه من بنائه وإذا أعاده بإذنه رجع عليه بحصته.

وعلى الرواية الأولى، إذا أجبر الحاكم الممتنع فلم يمثل أخذ الحاكم من ماله وأنفق. فإن لم يكن له مال أنفق عليه طالب العمارة بأمر الحاكم أو بإذن الشريك. وفي هذه الحال يرجع بحصته مما أنفق متى قدر صاحبه على الوفاء وإن أنفق متبرعاً فليس له الرجوع وإذا بناه لنفسه بنقضه فهو بينهما على ما كان، وإذا بناه من عنده فهو له خاصة، إلا أن يدفع شريكه إليه حصته من النفقة. (من المغنى، ج ٥، ص ٤٥ وما بعدها).

تصرفات الشريك بحصة شائعة :

الكلام على تصرف الشريك يقتضى أن نعرض لأهم مسائله وهى : الإجارة والإعارة والرهن والبيع والهبة والصدقة والوقف. وذلك ما سنوافيك به من أحكام الشريعة الإسلامية.

أما التشريع الوضعى فإنه يرى أن الشريك فى حال الشيوع مالك لحصته فى العين المشتركة يتصرف فيها تصرف المالك فى ملكه، وذلك ما جاء فى الفقرة الأولى من المادة (٤٢٦) مدنى مصرى، إذ نص فيها على أن كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء الآخرين.

وليس يختلف التشريع الوضعى فى هذا عن التشريع الإسلامى من حيث المبدأ ولكن الخلاف بينهما قد يلاحظ فى التطبيق، وذلك نظراً إلى ما يشترط فى بعض التصرفات من شروط تشترطها الشريعة الإسلامية ولا تتوافر مع حال الشيوع بينما لا تشترط فى التشريع الوضعى. وهاك بيان حكم تصرف الشريك شرعاً :

إجارة الشريك حصته الشائعة :

يرى أبو حنيفة رحمه الله تعالى أن إجارة الحصة الشائعة من غير الشريك لا تجوز، وإن كانت معلومة المقدار كنصف وثلث، وفي تأجيرها للشريك روايتان عنه، رواية بالجواز وأخرى بعدم الجواز، ومرجع الرواية بعدم الجواز عدم القدرة على تسليم العين المؤجرة قبل القسمة.

وذهب الصحابان إلى جواز تأجيرها مطلقاً للشريك ولغيره وهو مذهب الشافعية لأن الإجارة ضرب من المعاوضة كالبيع، وإذا جاز بيع المشاع جاز تأجيرها، والانتفاع بالمشاع مقدور بالمهاياة، وإذا لم يمنع الشيوع من التأجير للشريك، لم يمنع من التأجير لغيره، وإذا كان الشيوع الطارئ لا يفسد الإجارة اتفاقاً، فكذلك لا يفسدها الشيوع المقارن لأن القدرة على الانتفاع في الحالين واحدة.

ووجه قول أبي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لجهالة محله، إذ الشائع اسم لجزء من الكل غير محدد ولا معين كالثلث، وهو غير معين فأشبهه إجارة عبد من عبيدين. ثم إن منفعة الشائع غير مقدورة التسليم والاستيفاء إذ لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة، وإنما يتم تسليم باقى العين معه، وذلك غير مقدور ولا معقود عليه. والانتفاع بطريق المهاياة ليس هو الانتفاع الذى يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالحصة الشائعة فى كل المدة، إذ إن التهاؤ انتفاع بالمشترك كله بعض المدة، وهذا غير مقتضى العقد إن كانت المهاياة زمانية، وإذا كانت مكانية فإن الانتفاع فيها يكون ببعض المستأجر وبغيره.

وفى أثر الشيوع الطارئ روايتان عن أبى حنيفة أشهرها عدم الفساد به، ويجوز عند أبى حنيفة إجارة شريكين لرجل واحد داراً يملكها لأن المنافع تدخل فى يده جملة واحدة من غير شيوع.

وأجاز المالكية إجارة الحصة الشائعة فى كل ما لا تختلف أجزاؤه فى الانتفاع به كمالاً ونقصاً، جودة ورداءة، دون ما يختلف الانتفاع به فى جانب عن جانب، ولذا تجوز عندهم عند تعيين الجهة.

ويرى الحنابلة عدم صحة إجارة الحصة الشائعة لغير أحد الشريكين، وفى رواية أخرى عن مالك جواز إجارتها مطلقاً.

تأجير العين المشتركة :

واقدام أحد الشريكين على إجارة العين المشتركة جميعها لثالث، تصرف فيما لا يملك بالنظر إلى حصة شريكه، ولذا يكون موقوفا على إجازته، فإن أجازته نفذ فى حصته وإن رفض بطل واقتصر العقد على حصة المؤجر وكان للمستأجر حينئذ حق الفسخ لتفرق الصققة، وهذا عند من يرى جواز تأجير الحصة الشائعة من مالکها لأجنبى، أما عند من لا يرى ذلك، فإن العقد فيها لا يجوز أيضا.

وفى التشريع الوضعى يجوز لأحد الشركاء أن يؤجر حصته فى العين المشتركة لشريكه فيها، ولأجنبى، دون توقف على إذن من صاحبه، وإذا انفرد بتأجير العين المشتركة جميعها لم ينفذ تصرفه بالنسبة لصاحبه، وكان له حق طرده من العين إذا شغلها. وليس للمؤجر الشريك أو المستأجر فى هذه الحالة طلب الفسخ، لأن عقد الإجارة فى حقهما لازم، إلا إذا كان المستأجر قد أقدم على التعاقد معتقدا أن العين كلها للمؤجر، وقد أجره إياها فله عند ذلك حق طلب الفسخ لوقوعه فى غلط جوهرى يجوز له طلب الإبطال، ولهذا إذا كان التأجير فى جزء معين من العين المشتركة، ثم كانت القسمة فوق الجزء المستأجر فى نصيب المؤجر نتيجة لهذه القسمة، استقر الأمر للمستأجر، ولم يكن لأحد أن ينازعه. (م ٨٢٦) مدنى مصرى؛

إعارة الحصة الشائعة :

يرى الحنفية جواز الحصة الشائعة مطلقا للشريك ولغيره، لأن عقد العارية عقد غير لازم وليس فيه معنى المعاوضة، والانتفاع بها ممكن بالمهاياة إن كانت لأجنبى وبدون مهاياة إن كانت للشريك. كما يجوز عندهم إيداعها لإمكان المحافظة عليها من الوديع أجنبيا كان أم شريكا (جامع الفصولين، ج ٢، ص ٦٣) وإلى هذا ذهب التشريع الوضعى (م ٤٣٦) مدنى.

رهن الحصة الشائعة :

وبرى الحنفية عدم جواز رهن الحصة الشائعة مطلقا من الشريك ومن غيره، فيما يقبل القسمة وفيما لا يقبلها لعدم القدرة على التسليم والقبض، إذ إن قبض الرهن شرط لتمامه وقبض المشاع غير تام، ولا فرق بين شيوع مقارن وشيوع

طارئ. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن طرء الشيوع لا يفسد الرهن (جامع الفصولين، ج ٢، ص ٦٤).

أما التشريع الوضعي فيجيز رهن الحصة الشائعة مطلقاً لأنه لا يشترط في الرهن قبضا إذا ما كان رهنا رسمياً.

بيع الحصة الشائعة :

يجوز بيع الحصة الشائعة من الشريك ومن الأجنبي مطلقاً قبلت العين المشتركة القسمة أم لا، إلا في مشتركة بسبب الخلط في الحبوب ونحوها فإنه يجوز من الشريك ولا يجوز من أجنبي. ذلك لأن الشركة إذا كانت بينهما ابتداءً بشراء أو بوراثة كانت كل حبة مشتركة بينهما، فكان التسليم ممكناً بتسليم حصة من الحبوب المشتركة على الشيوع من غير أن يكون في ذلك خلط بين ملكين كانا متمايزين. أما في حال الخلط فإن كل حبة تكون مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها اشتراك فلا يمكن التسليم إلا بتسليم ما هو غير مملوك للبائع وذلك بتسليم حب مملوك جميعه لأحدهما مخلوطاً بحب مملوك جميعه للآخر فيتوقف على إذنه، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة حيثئذ على تسليمه لما يملك دون اعتداء على نصيب غيره بتسليمه معه بدون إذن منه.

ويشترط في جواز بيع الحصة الشائعة عدم الضرر بالغير، وبناء على ذلك لم يجز للشريك أن يبيع حصته من الزرع بدون الأرض قبل أو أن قطعه إذ يؤدي ذلك إلى ضرر الشريك الآخر بتعرض زرعه للقطع في سبيل التسليم إلى المشتري قبل أو أن قطعه. ولذا يجوز هذا البيع إذا كان بعد أو أن القطع لعدم التضرر بالقطع حيثئذ، ففي جامع الفصولين : زرع مشترك باع أحد الشريكين حصته فيه بلا إذن شريكه، إن كان ذلك بعد أو أن القطع جاز، وإلا لم يجز لتضرره بالقسمة. وفيه دار بين اثنين باع أحدهما حصته في البناء فقط من آخر لم يجز لتضرر الشريك الآخر بالهدم.

ومنعوا أن يبيع أحد الشريكين جزءاً معيناً من مشترك سواء أكان ذلك في أرض أو في بيت من دار بخلاف بيعه جزءاً شائعاً من المشترك^(١).

(١) جامع الفصولين، ج ٢، ص ٦٠ والدر المختار وابن عابدين، ج ٢، ص ٣٦٥.

أما إقدام الشريك على بيع العين المشتركة جميعها أو على بيع جزء معين منها ولو كان معادلاً لما يملك فيها فإنه يعد تصرفاً فيما يملك وفيما لا يملك، بل هو بالنظر إلى أن المبيع معين محدد يعد تصرفاً فيما لا يملك لأنه لا يملك معيناً ولا محدداً فيكون بيعه موقوفاً على إجازة شريكه، فإن أجاز نفذ وإلا لم يجز، وبناء على ذلك يبطل في حصته ويكون للمشتري حق طلب الفسخ في حصة الشريك الآخر البائع لوقوع هذا التصرف معيياً بسبب ما طرأ عليه من الشيوع ولتفريق الصفقة.

أما في التشريع الوضعي فيقول الدكتور الصدة في كتابه : الملكية ، ج ٢ ، إذا تصرف الشريك في العين المشتركة جميعها فإن تصرفه يكون قد صدر من غير مالك فيما زاد على حصته، فإذا كان هذا التصرف بيعاً وقع قابلاً للإبطال فيما بين طرفيه بالنسبة إلى ما زاد على حصته، طبقاً لحكم المادة (٤٤٦) مدني، فيحق للمشتري أن يطلب الإبطال دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة - ولا ينفذ هذا التصرف في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بحصصهم سواء على أساس المادة (٤٤٦) مدني أو على أساس المبدأ العام القاضي بأن ليس للشريك أن يأتي عملاً فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين ولا يتوقف ذلك على نتيجة القسمة.

أما إذا كان التصرف في جزء مفرد من العين فإن الفقرة الثانية من المادة (٨٢٦) مدني مصري تحكمه، وتنص على أنه إذا لم يقع هذا الجزء في نصيب المتصرف عند قسمة العين انتقل حق التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين التي وقع التصرف فيها مفرزة الحق في إبطال التصرف. وهذا حكم كما ترى لا يتفق مع ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية لأن انتقال حق المتصرف إليه إلى محل لم يرد عليه العقد أمر لا تقره الشريعة، ولا يكون ذلك إلا بعقد جديد. وقد علمت أن التصرف من الشريك على هذا النحو يمس حقوق الشركاء الآخرين، وذلك ما لا يسوغ في الشرعين؛ ولهذا لا يلزمهم، ولكنه ينفذ في التشريعين بإجازتهم كما ينفذ بحكم القانون، إذا أجريت القسمة فوق الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف.

الهبة والصدقة :

الهبة لا تتم إلا بالقبض الكامل ومن ثم كانت هبة الحصة المشاعة في عين تقبل القسمة غير جائزة حتى تقسم ثم قبض إذا كانت لغير شريكه ، أما إذا كانت من الشريك لصاحبه فهي جائزة لتمام القبض وارتفاع الشيوع حينئذ ، وأما إذا كانت العين لا تقبل القسمة فإن هبة أحد الشريكين حصته منها لشريكه ولأجنبي جائزة . وطروء الشيوع لا يفسد الهبة بالاتفاق وإذا وهب الشريكان العين المشتركة لواحد وسلماه جميعا صحت الهبة لانعدام الشيوع عند القبض .

والتصدق بالحصة الشائعة كهبتها في كل ما مر من الأحكام لأن الصدقة نوع من الهبة

أما التشريع الوضعي فيجيز هبة الحصة الشائعة لأنه لا يشترط في الهبة قبضا إذا وثقت رسميا ، ولا يحول الشيوع دون القبض قانونا إذا ما كانت بغير إشهاد رسمي .

الوقف :

يرى أبو يوسف صحة وقف الحصة الشائعة من أحد الشريكين ولزومه ، وذهب محمد إلى ذلك فيما لا يحتمل القسمة . أما فيما يحتمل القسمة فلا يلزم وقف الحصة الشائعة فيه إلا بتسليمها بعد القسمة وهذا في غير المسجد ، أما في وقف الأرض مسجدا فلا يجوز مع الشيوع اتفاقا ، إذ بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى . والشيوع الطارئ لا يفسد الوقف عند محمد رحمه الله^(١) .

إدارة المال الشائع :

من القواعد المقررة أن إدارة المكان المملوك إنما هي للمالكه أو من يقوم مقامه من وكيل أو وصى أو ولي ، فمناطها الولاية ، وبناء على ذلك تكون إدارة الأموال المشتركة على العموم من حق الشركاء فيها لأنهم هم المالكون ، وعلى ذلك يجب لإدارتها إدارة تقوم عليه جميعه أن يجمعوا على ذلك أو ينيبوا عنهم وكيلًا يقوم بذلك سواء أكان منهم أو من غيرهم ، وهذا المبدأ لا خلاف فيه بين الشرعين غير

(١) الملكية ، ص ١٩٩ وما بعدها .

أن المادة (٨٢٨) فقرة ٢ مدني تفيد أن هذه الإنابة قد تكون ضمنية يستدل عليها من الظروف، إذ قد نص فيها على أنه إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم. ولاشك أن من أهم صور الاتفاق بين الشركاء على تنظيم الإدارة للمال الشائع قسمته قسمة المهايأة زمنية كانت أم مكانية وسيأتى بيان أحكامها عند كلامنا على انتهاء الشروع.

ومما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء الشريعة قد ذهبوا في مجال إدارة المال المشترك واستثماره إلى أنه إذا وجدت ثمار يخشى عليها كان للشريك عند حضور شريكه وإبائه البيع أن يطلب القسمة ليخلص له التصرف في حصته، فإذا كان شريكه غائبا جاز له بيع الثمار جميعها وأخذ ثمن حصته من المشتري وإبقاء ثمن حصة صاحبه عنده إلى حضوره، فإما أجاز البيع وقبض ما يخصه وإما رفض وضمن صاحبه قيمتها وذلك تجنباً للضرر.

وقد ذهب التشريع الوضعي في حال تعذر الاتفاق بين الشركاء إلى تنظيم جعل السلطة في إدارة مالهم المشترك لأغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة وفرق فيما يتعلق بمقدار هذه الأغلبية بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة.

فقد نص في المادة (٨٢٨) مدني مصرى على أن ما يستقر عليه أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع. وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها عند الحاجة تعيين مدير لهذا المال وهذه المادة تطابق المادة (٧٨٣) سورى والمادة (٨٣٧) مدني لیبى، وفى القانون العراقى نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٤) على أن ما يستقر عليه رأى أصحاب القدر الأكبر من الحصص فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع حتى المخالف، فإذا لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من الإجراءات ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة مديراً، وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً وأن تحدد مدى سلطته. وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الآخرين عد وكيلا عنهم.

أعمال الإدارة المعتادة هي التي لا تنطوي على تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع كالإيجار . وقد شرط التقنين اللبناني أن يكون للأغلبية النافذة رأياً في الإدارة ثلاثة أرباع المصالح التي يتكون منها موضوع الشركة ، وإذا لم يتوافر ذلك لها لجأ الشركاء إلى القضاء ليقرر ما يراه أكثر انطباقاً على مصلحة الشركة العامة ، كما يمكنه حينئذ أن يعين للمال مديراً ويأمر بقسمته .

أما أعمال الإدارة غير المعتادة فقد نص في المادة (٨٢٩) مدني مصري على أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع المشترك أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة غير المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ، ولمن خالف منهم حق الرجوع إلى المحكمة في خلال شهرين من وقت الإعلان ، فإذا وافقت على قرار الأغلبية كان لها أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير ، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحقه من التعويض . وهذه المادة تطابق مادة (٨٧٤) سوري فيما عدا أن هذه الأخيرة تنص على أن يكون إعلان القرارات إلى باقي الشركاء بكتاب مضمون أو بطريقة رسمية أخرى كما تطابقها المادة (٨٣٨) لبيي .

ومن أعمال الإدارة غير المعتادة بناء المنازل وبناء الأراضي الخالية من البناء لإعدادها للاستغلال ، ولخطورة هذه الأعمال لم يكتف الشارح فيها بالأغلبية المطلقة وجعل للأقلية مع ذلك حق التظلم إلى المحكمة . أما القانون العراقي فقد اكتفى في هذا الشأن بالأغلبية المطلقة للشركاء فجعل لها سلطة التغيير والتبديل بإذن المحكمة ، حيث تنص المادة ١٠٦٥ مدني عراقي على أن للشركاء أصحاب القدر الأكبر في الحصص أن يدخلوا - بإذن من المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسباً من الإجراءات ، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحقه من التعويض .

أما القانون اللبناني فلا يخول الشركاء سلطة في خصوص أعمال الإدارة غير المعتادة ، ومن ثم يتعين لإمكان القيام به أن يتفق جميع الشركاء في ذلك ، فقد

نص في المادة (٨٣٦) من القانون اللبناني على أن لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت تختص أولاً بأعمال التصرف وبأعمال الإدارة التي تمس الملكية مباشرة أو تختص بتعديلات جديدة في عقد الشركة أو الشيء المشترك، أو بعقد موجبات جديدة، ففي هذه الأحوال يجب أن يتغلب رأى المعارضين. وهذه المبادئ لا تتفق مع القواعد الشرعية الفقهية في جملتها، إلا بأن يرى أن هذه أحكام تقتضيها المصلحة وهي مصلحة عامة بالنسبة إلى كل مال مشترك على الشيوع، فإذا لم تكن وسيلة للاتفاق بين الشركاء أو لإنهاء هذا الشيوع، فإن الضرورة تقضى بوضع مثل هذا النظام، وفي مثل هذه الحال لا يعد ذلك خروجاً على المبادئ الشرعية إذ مراعاة المصلحة يعد من الأدلة الشرعية.

أما الأعمال الخاصة بحفظ الأموال المشتركة، فمن حق كل شريك وذلك مانص عليه في المادة (٨٣٠) إذ جاء فيها : لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء المشترك ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء، وبذلك جاءت المادة ٧٨٥ سوري و(م ٨٣٩) لیبی، ومادة (١٠٦٩) عراقی وهو ما تدل عليه المادة (٨٣١) من القانون اللبناني، وهذا ما يتفق وما ذهب إليه فقهاء الإسلام، فقد جعلوا أعمال الحفظ من الأعمال التي ينفرد بها كل شريك من جهة أنها أعمال مأذون فيها عرفاً، بل لقد أباحوا ذلك للأجنبي، محافظة على المال الواجب احترامه.

حق الشريك في نيل حصة صاحبه الشائعة عند بيعها لأجنبي :

تنص المادة (٨٢٣) مدني مصري على أن للشريك في المنقول الشائعة ملكيته بين الشركاء فيه أو في مجموع من المنقول والعقار تشيع ملكيته بين شركاء أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي يبيعها شريك آخر لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجهه إلى كل من البائع والمشتري، ويحل الشريك المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته.

وهذا حق شرعه القانون يشبه حق الشفعة، ويتفق معه في الحكمة من التشريع إلا أن القانون قد جعل له نطاقاً يختلف بعض الاختلاف عن نطاق

الشفعة، فهو يثبت في المنقول بينما لا تثبت الشفعة إلا في العقار عند جمهور الفقهاء، ثم هو لا يثبت إلا في منقول فقط أو في مجموع لا يتكون إلا من عقار. ويثبت للشريك وقت البيع. وإذا تعدد الشركاء كان لكل منهم حق استرداد الحصة التي يبيعها أحدهم كل بنسبة حصته، وعلى ذلك تكون شروط ثبوت هذا الحق هي:

١ - أن يكون التصرف بالبيع، فلا يثبت عند التصرف بتصرف آخر من أنواع التصرف.

٢ - أن يكون التصرف واردا على حصة شائعة فإذا ورد على حصة مفردة لم يثبت هذا الحق.

٣ - أن يكون التصرف صادراً لأجنبي لا لأحد الشركاء.

٤ - أن يكون التصرف بطريق الممارسة، فإذا تم بطريق المزاد العلني فلا يجوز الاسترداد إذ يمكن لمن يريده أن يدخل في المزاد.

ولا يقوم حق الاسترداد إلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة المباعة كلها فلا يجوز تجزئتها بطلب جزء منها.

ولم تذهب الشريعة الإسلامية هذا المذهب إذ لم تجعل للشريك في هذه الحال إلا حق تملك الحصة المباعة بطريق الشفعة على ما سنبين عند الكلام عليها، وعلى ما تكون فيه وما يجب أن يتوافر لها من شروط.

وقد ذهب القانون المدني الليبي مذهب القانون المصري إذ جاءت فيه المادة (٨٤٢) مطابقة للمادة (٨٣٣) مدني مصري، أما التقنين اللبناني فلم يذهب هذا المذهب، ولم يجعل للشريك حقاً فيما يباع من الحصص الشائعة في المال المشترك، إلا ما يكون له بالشفعة وفقاً لأحكامها، وذلك ما تدل عليه المادة (٨٣٨) منه إذ جاء فيها: أنه إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة من شخص آخر فلسائر الشركاء أن يتذرعوا بحق الشفعة، وفقاً لأحكام القانون المختصة بها.

أما القانونان السوري والعراقي فليس فيهما نص في هذا الموضوع.

انقضاء الشيوع بالقسمة

القسمة فى لسان الفقهاء جمع النصيب الشائع من مال مشترك فى جانب معين منه بناء على طلب أحد الشركاء، فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين مثلا فقسمت بينهما على حسب سهامهما، فاختص كل منهما بجانب معين منهما، وكان ذلك بناء على طلب أحدهما - تمت القسمة وصحت، أما إذا لم يكن من أحدهما طلب فلا تكون القسمة صحيحة.

والقسمة فى الأعيان أهم سبب ينقضى به الشيوع وهى التى تعرف بالتعريف السابق، أما قسمة المنافع وهى المعروفة باسم المهايأة، فلا ينتهى بها الشيوع فى الواقع وإنما تعد طريقة لتنظيم الانتفاع بالمال المشترك. وفيما يأتى الكلام على كل منهما.

قسمة الأعيان :

هى جمع النصيب الشائع أو بعض الأنصباء الشائعة فى جزء معين من المال المشترك يمثل هذا النصيب أو هذه الأنصباء فى هذا المال، وذلك بطريق الإفراز والتمييز بالنظر إلى بعضه، وبطريق المبادلة أو المعاوضة بالنظر إلى بعضه الآخر، وذلك لأن كل جزء من المال المشترك على الشيوع مملوك لجميع الشركاء فيه على الشيوع مهما كان ضئيلا، فإذا خص شريك من الشركاء بجزء معين منه كان بعضه ملكا لهذا الشريك من قبل الاختصاص به نتيجة لانتشار ملكه وشیوعه فى جميع أجزاء المال، وبعضه الآخر ملكا له بطريق المعاوضة والمبادلة عما كان له فى بقية المال المشترك من الأجزاء. ولولا هذا ما كان هذا النصيب ملكا لمن يختص به وإنما يكون مشتركا بين جميع الشركاء كل بقدر حصته فى المال المشترك، وإنما اختص به وصار جميعه ملكا له بالقسمة بناء على أنه قد أخذ فيه عين حقه بالنظر إلى ما يملكه فيه ابتداء، وأخذ باقيه عوضا عما يملكه من الأجزاء فى بقية المال المشترك بطريق المبادلة، فصار كل النصيب له، بعضه من قبل القسمة نتيجة للاشتراك وبعضه بطريق المعاوضة. وسواء فى هذا أن تتم القسمة بطريق التراضى أو بطلبها من القاضى لثبوت ما تتوقف عليه المبادلة فى الحالين، وهو التراضى بين المتبادلين،

وكذلك الحال إذا كانت جبرية بطلب أحدهما لقيام القاضى حينئذ مقام الممتنع فى تحقق رضاه منعا لظلمه المتمثل فى امتناعه، كما هو الحال فى المدين يجبر على قضاء الدين، ويقوم القاضى ببيع ماله فى هذه السبيل، إذا أصر على امتناعه، إذ قضاء الدين لا يتحقق إلا بطريق المعاوضة بينه وبين ما يوفى به، وبناء على هذا كانت القسمة فى جميع أحوالها إفرازاً بالنسبة لبعض الأجزاء فى النصيب ومعاوضة بالنسبة لبعضها الآخر، وكان معنى المعاوضة لازماً فى كل قسمة شرعية، إلا أنه قد أعطى لها فى المثليات المشتركة حكم الإفراز فى بعض الأحكام لأن المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض، فكان فى المعنى كأنه هو وكأن من أعطى له هذا العوض قد أخذ عين حقه، حتى كان لكل من الشركاء أن يأخذ نصيبه من المال المثلّى المشترك بدون رضا من صاحبه وفى غيبته.

وكان معنى المعاوضة فى القسمة فى جنس واحد مثلى كقمح مشترك وكتابين من نوع واحد - ضعيفاً لتساوى البديلين من كل وجه، وكان معنى الإفراز فيها ظاهراً لعدم التفاوت بين آحاد هذا المال أو أجزائه، وكأن كل شريك قد أخذ بالقسمة عين حقه مميّزاً عن ملك شركائه، ولذا كان لكل منهم أن يقسم فى غيبة الآخرين وبدون علم منهم وأن يتسلم نصيبه فى غيبتهم، ولكن لا تتم القسمة إلا بتسلم الغائب حينئذ نصيبه، حتى إذا تلف قبل أن يتسلمه كان الباقي من المال المشترك بين الجميع، ولكن يجب أن يلاحظ مع هذا أنه إذا تلفت حصة القاسم من الشركاء بعد أن تسلمها، تمت القسمة بالنسبة إليه وكان تلفها عليه، ولا يكون له فيما استبقاه لغيره من الشركاء حظ. غير أنه لوجود معنى المعاوضة فى هذا النوع على الرغم من ذلك، لم تجز قسمة المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة منه مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة لما فى ذلك من شبهة ربا الفضل عند عدم التساوى إذ إن المعاوضة بطريق المجازفة فى الأموال الربوية غير جائزة لذلك.

وإذا كانت القسمة فى جنس واحد قيمي كعشرين شاة مشتركة بين اثنين مثلاً، أو قطعة أرض مشتركة فأخذ أحدهما بالقسمة تسع شياه، أو أخذ أحدهما الجانب الشرقى من الأرض وأخذ الآخر الباقي كان معنى المبادلة فى هذه القسمة أظهر من معنى الإفراز، لوجود التفاوت بين آحاد المال المشترك أو بين أجزائه، فلا يكون كل من الشريكين قد أخذ عين حقه وإنما أخذ بعض حقه الذى كان له من

قبل، وبديل ما كان له في باقى المال المشترك بطريق المعاوضة بينهما، وبناء على ذلك لا تجوز هذه القسمة إلا بحضور جميع الشركاء ولا يجوز لأى شريك أن يأخذ حصته فى غيبة الباقين، ولكن لاتحاد الجنس فى هذا المال، ورغبة أحد الشركاء فى أن ينتفع بخصته مفرزة يجبر القاضى الممتنع عنها من الشركاء إذا ما طلبها أحدهم.

وإذا كانت فى جنسين أو أكثر من مال قيمى أو مثلى أو مختلط فإن معنى المبادلة فى هذه الحال يكون أوضح وأظهر منه فى الحال السابقة، ولذا لا تجوز القسمة أيضا إلا بحضور جميع الشركاء، ولا يجوز لأحدهم أن يأخذ حصته فى غيبة الآخرين، ولا تتم إلا بتراضيه جميعا عليها، وإذا طلبها أحدهم وامتنع الآخرون لم يجبر القاضى عليها من أبابها منهم، إذا لم تكن بقسمة كل جنس من الأجناس بينهم على حدة.

أما إذا كانت بقسمة كل جنس بينهم، كذلك فإنها حينئذ تكون من الحال الأولى إذا كان ذلك الجنس مثليا ومن الحال الثانية إذا كان قيمياً.

وفى حكم الأجناس المختلفة الجنس الواحد، إذا تعددت آحاده وتفاوتت تفاوتاً فاحشاً كالجواهر، أو لم تعدد ولكن لا يحتفظ كل حظ بمنفعته التى كانت له قبل القسمة كالحمام الصغير، والطاحونة فإن القسمة فى كل ذلك وأمثاله مما لا ينتفع بكل حصة منه بعد القسمة الانتفاع الذى كان لها من قبلها، لا تتم إلا برضا الشركاء، ولا يجبر القاضى الممتنع منهم عليها.

ومما تقدم يتبين أن القسمة قد تتم بقسمة كل واحد من المال المشترك، وتسمى حينئذ قسمة تفريق، كأن يكون المال المشترك أرضاً أو قمحاً فيقسم كل من الأرض والقمح، وقد تتم بإعطاء كل شريك جنساً من المال يجمع فيه نصيبه كأن يكون المال المشترك أرضاً زراعية وداراً فيأخذ أحد الشريكين الأرض والآخر الدار، وتسمى حينئذ قسمة جمع. وكل من قسمتى الجمع والتفريق قد تتم بطريق القضاء والجبر عليها من القاضى، وتسمى حينئذ قسمة قضاء أو قضائية، وتكون أمام القاضى بناء على طلب بعض الشركاء مع إياء الآخرين. وقد تتم بالتراضى بين الشركاء، وتسمى حينئذ قسمة تراض أو اتفاقية كما يسميها رجال القانون، وفى

هذه الحال قد تكون في مجلس القضاء عند تراضى جميع الشركاء عليها، وقد تكون بعيدا عنه إذا تمت بين الشركاء بتراضيههم في غير مجلسه.

والأموال بالنظر إلى هذين النوعين من القسمة نوعان :

الأول : ما يقبل كلا منها وهو كل مال متعدد تقبل آحاده التجزئة مع بقاء منفعتها التي كانت لها قبل القسمة، وذلك كعدد من الدور الكبيرة أو الضياع.

والثاني : ما يقبل أحدهما فقط وهو إما أن يقبل قسمة التفريق فقط كدار كبيرة، أو ضيعة من كل مال غير متعدد تقبل التجزئة مع بقاء منفعتها التي كانت له قبل القسمة لكل حظ منه. وإما أن يقبل قسمة الجمع فقط، وهو كل مال متعدد الآحاد إذا كانت آحاده لا تحتفظ بمنفعتها التي كانت لها بعد القسمة كعدد من السيارات.

ومن البيان المتقدم، يتبين أن القسمة طريق انتفاع كل مالك شريك بما يملك من المال المشترك انتفاعاً كاملاً غير مقيد بحقوق شركائه في هذا المال نتيجة لشركتهم فيه. وأنها لذلك أثر ونتيجة لثبوت الملك في المال المشترك، لأنها الطريق إلى تحقيق عنصر الانتفاع على وجه الكمال. ومن ثم كان حق المالك الشريك في القسمة أو حقه في طلب القسمة حقاً لازماً للملكه كحقه في التصرف فيه، ولم يجز أن يحال دونه أو أن يمنع منه ولو باتفاق بينه وبين شركائه، وكان الاتفاق بين الشركاء في المال المشترك على بقاءه مشتركاً وعلى ألا يكون لأحدهم طلب قسمته اتفاقاً باطلاً غير ملزم لهم كاتفاقهم على عدم جواز التصرف فيه ببيع أو نحوه طال مدة أو قصرت.

ولا يمنع شريك من طلب قسمة المال المشترك إلا حيث تكون آحاد المال أو أجزاءه متفاوتة تفاوتاً فاحشاً، أو تفسدها القسمة كالجواهر، أو يكون المال عينا لا يحتفظ كل حظ منها بعد قسمتها بمنفعتها التي كانت له من قبل، ففي هذه الحال لا تتم القسمة إلا بتراضى جميع الشركاء ولا يمنع منها ترتب الضرر عليها لرضاهم به، وهم أصحاب الحق، وإن عد ذلك منهم من قبيل السفه وسوء التصرف، ولذا لا يجبر القاضى عليها وسيأتى لذلك زيادة بيان.

ذلك ما ذهب إليه الفقه الإسلامى وخالف فى ذلك التشريع الوضعى ، فقد نص فى المادة ٨٣٤ مدنى مصرى على أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه . وبهذا جاءت المادة (٧٨٨) مدنى سورى ، والمادة (٨٤٣) مدنى لىبى كما نص فى المادة (١٠٧٠) مدنى عراقى على هذه الأحكام ، إذ جاء فيها أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو شرط . ولا يجوز بمقتضى الشرط أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين . وإذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة ، فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنوات ، وينفذ شرط البقاء فى الشيوع فى حق الشريك ، وفى حق من يخلفه .

أما التقنين اللبنانى فقد جاء فيه ما يخالف بعض هذه الأحكام ، إذ نص فى المادة (٨٤٠) من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، على أنه لا يجبر أحد على البقاء فى الشيوع فلكل شريك أن يطلب القسمة ، وكل نص مخالف يكون باطلاً ، كما نص فى المادة (٨٤١) من هذا التقنين على أنه يجوز مع ذلك الاتفاق على أن الشريك لا يمكنه أن يطلب القسمة إلا بعد انصرام مدة معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الأكثر ، على أن المحكمة يجوز لها حتى فى هذه الحال أن تأمر بحل الشركة ، وبالقسمة فى أثناء المدة المتفق عليها لاستمرار الشيوع . فقد خول هذا التقنين للمحكمة بمقتضى المادة (٨٤١) مخالفة اتفاق الشركاء بأن تأمر بحل الشركة .

والواقع المشاهد أن الملكية الشائعة كثيراً ما تتعارض فيها حقوق الشركاء ، ويؤدى تعارضها إلى منازعات قد تعوق انتفاع الشركاء بالمال المشترك على خير وجه ، كما قد ينجم عنها قيود فى حرية التصرف مراعاة لحقوق الشركاء ، مما قد يحول دون قيام هذه الملكية بما يرجى منها من نفع خاص أو عام ، ولذا كان الاتجاه فى التشريع إلى ألا يحول دون إنهاء الملكية الشائعة عقبات ، وأن يجاب إلى طلبه من يطلبها من الشركاء ، وكانت تلك هى وجهة الفقه الإسلامى ، غير أنه قد رأى

رجال التشريع أن المصلحة قد تدعو إلى بقائها لأسباب وقتية عارضة، فذهبوا إلى ترك تقدير ذلك للشركاء أنفسهم لأنهم أدري بمصالحهم ولكن مع قيود روعى في وضعها جانب المصلحة الاجتماعية. ولهذا كان الأصل أن يكون لكل شريك الحق في طلب القسمة، ولا يمنع من ذلك الإلحاح يكون مجبراً على البقاء في الشروع بمقتضى نص قانوني، أو اتفاق بين الشركاء، ومن ذلك حال الشروع الإجباري الذي أشير إليه في المادة ٨٥٠ مدني مصري، إذ جاء فيها بأنه ليس لشركاء في مال شائع أن يطلبوا القسمة إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشروع. وذلك كما إذا تبين أن الانتفاع به لا يتم إلا على هذا الوجه، وأن القسمة تذهب بمنفعته، وقد عرض الفقهاء لمثل هذه الحال على صورة عامة، فذهبوا إلى عدم جواز قسمة الملك المشترك، إذا تضرر جميع الشركاء من قسمته. وذلك كطريق خاص مملوك لشركاء يسلكونه إلى أملاكهم، وليس لهم طريق سواه، ولا تصلح قسمته إلى عدة طرق، أو كسلم مشترك في منزل ذي طبقات لكل شريك طبقة، ولا سبيل لهم إلى وصولهم إلى طبقاتهم إلا عن طريقه، ولا يصلح لأن يكون منه عدة ساللم، ففي مثل هذه الحال لا يجاب طلب القسمة. وجاء في ابن عابدين أن من الفقهاء من ذهب إلى أن القاضي لا يستجيب إلى هذا الطلب، وإن اتفق عليه لأنه لا يجوز للقاضي أن يشغل نفسه بما لا فائدة فيه ولا يكون منه إلا الضرر، ولكن لا يمنعهم إذا فعلوا لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله.

ومما يتفرع على ذلك، أنه لو أوصى إنسان لعدة أشخاص بأرض زراعية مشروطاً بقاءها على الشروع بينهم، فالوصية صحيحة، والشرط باطل لمخالفته مقتضى العقد على ما ذهب إليه الفقهاء.

أما في التشريع الوضعي، فقد جاء في الملكية للدكتور الصدة أن اشتراط بقاء المال الموصى به على الشروع بين الموصي لهم اشتراط صحيح، ما دام أنه لا يمنع القسمة فيما يزيد على خمس سنوات، وكان الباعث عليه مشروعاً، وقال إن هذه المسألة محل خلاف؛ إذ يرى فريق من الشراح أن هذا الشرط باطل، وذلك بناء على أن الشارع لم يجز الخروج على الأصل الذي يقضى بأن للشريك الحق في طلب القسمة إلا باتفاق جميع الشركاء على ذلك حيث يكونون على بينة مما

فيه مصلحتهم ووفاء ذلك الشرط بها مع ملاحظة ما اشترطه القانون من عدم تجاوز المدة خمس سنوات.

وبلاحظ على هذا الرأي أنه تجاهل الباعث المشروع الذى يدفع الموصى إلى إيراد مثل هذا الشرط. وإذا كان للموصى لهذا البعث أن يمنع الموصى له من التصرف فى العين الموصى بها، ويكون اشتراطه ذلك فى الوصية شرطاً صحيحاً فأولى أن يجوز له الاشتراط المانع من القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

وقد يقال فى دفع هذه الملاحظة أن اشتراط الموصى على الموصى له عدم التصرف فى العين الموصى بها يجعل وصيته بالعين وصية بمنافعها دون ذاتها، ومن ثم كان اشتراط عدم التصرف فيها غير مخالف لمقتضى الوصية بخلاف اشتراط بقائها على الشيوع.

ركنها :

ركنها الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والعدد فى المعدودات والزرع فى المزروعات وهكذا.

ويعد هذا الفعل قائماً مقام الإيجاب والقبول من المتقاسمين فيما هو ملحق بالمعاوضة من أنواعها على ما بينا، وبه يتحقق التراضى الواجب لصحة المعاوضة فيها. أما فيما هو معدود من قبيل الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالقسمة فى المثل عند اتحاد الجنس فليس فيه معنى المعاوضة، ولذا لا يحتاج الأمر فيه إلى الإيجاب والقبول، إذ يعده الفقهاء مجرد إفراز لتمييز الأنصباء بعضها من بعض.

واعتبار الفعل الذى يتم به الإفراز ركناً قائماً مقام الإيجاب والقبول فيما ذكر واضح فيما إذا كانت القسمة بالتراضى بين الشركاء لتضمن رضاهم إنابة من يقوم به عنهم فيه، فكان كالوكيل عن طرفى العقد فى إنشائه. أما إذا كانت بطريق الجبر من القاضى فإن نيابة القاسم حينئذ عمن يأبأها منهم فى هذه الحال تثبت شرعاً وقضاء للوصول إلى القسمة دفعا لظلمه، إذ إن إباءه القسمة عند طلبها ممن طلبها للانتفاع بملكه على وجه الكمال ظلم يجب دفعه. ولهذا لا تصح القسمة إلا بحضور جميع الشركاء فيما يعد من قبيل المعاوضة، وصحت فى غيبة بعضهم فيما يعد إفرازا وتمييزاً. ذلك ما يظهر من كلام الفقهاء وتفريعهم المسائل.

مكمها :

تعيين نصيب كل شريك من الشركاء على حدة مميزاً من نصيب غيره فيستقل بملكه نتيجة لها .

وهل تعد القسمة بالنظر إلى هذا الملك كاشفة عما يملكه في المال المشترك، فيعتبر مالكا له منذ بداية الاشتراك والشيوع، أم تعد منشئة لهذا الملك فيما لم يكن مملوكا له من الأجزاء التي كانت مملوكة لغيره من الشركاء قبل القسمة فيبتدئ ملكه لها من وقت القسمة عقب أن قد تلقاه عن شركائه بطريق المفاضة والمبادلة، فتطبق أحكام هذه المبايعة بينهما وتترتب عليها آثارها .

لم يظفر هذا الموضوع أو هذا البحث في الفقه الإسلامي ببحتة ونظرة استقلالاً بحيث تتضح منه آراء الفقهاء في ذلك، ولكنهم مع ذلك، قد كشفوا عن آرائهم فيه عند بيانهم لطبيعة القسمة، وفي حلولهم لبعض مسائلها، ذلك أنهم قد ذكروا أن القسمة لا تخلو من معنى المعاوضة بين المتقاسمين على ما شرحنا فيما سبق . وأن هذا المعنى قد يكون واضحاً بينا، ولذا كان له أثره . وهذا ما هو حاصل في قسمة الأجناس المختلفة وفي قسمة القيميات على وجه العموم . وكان لذلك لا بد فيها من مراعاة تحقق الرضا الواجب لصحة المعاوضة، ولم يجيزوا لذلك الإيجاب عليها . ومقتضى ذلك اعتبار المتقاسمين ببيعين حل أحدهما محل الآخر، فيما كان له من ملك بمقتضى القسمة، وكان له بناء عليها ملك ما لم يكن مملوكا له من قبل، وهو ما كان ملكا لصاحبه من أجزاء المال المشترك نظير حلول صاحبه محله في تملك ما كان مملوكا له منها . ومعنى ذلك ثبوت الخلافة بينهما على الوجه الذي شرحناه في بيان طبيعة القسمة وأثبتوا فيها لذلك جواز اشتراط الخيار كما أثبتوا خيار الرؤية وخيار العيب وأجازوا الإقالة فيها أى فسخها بالتراضي بين المتقاسمين، كما يجوز في غيرها من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة . ومظهر ذلك كله ذهابهم إلى أن القسمة منشئة للحق بالنظر إلى ما يملكه المتقاسم من الأجزاء التي لم تكن مملوكة له من قبل وليست كاشفة بالنسبة إلى جميع ما خص المتقاسم من حظ فيها .

وقد يكون معنى المبادلة فيها غير بين كما فى قسمة الجنس الواحد من المثليات على ما بينا فيما سبق . ولخفائه لم يشترطوا فيها رضا جميع الشركاء ، وذهبوا إلى جواز الإيجاب عليها ولم يشترطوا فيها خيار الشرط ولا خيار الرؤية ولم يجيزوا فيها الإقالة فلا تبطل برضا المتقاسمين واتفاقهم^(١) . ومظهر ذلك أنهم اعتبروها فى هذه الحال كاشفة عن حق المتقاسم وليست من قبيل المبادلة ولا منشئة لحق له .

وليس مرد هذا إلى التفرقة فى معنى القسمة وطبيعتها فى الحالين ؛ لأن المعنى فىهما واحد وإنما مرده إلى أمر خارج عنها وهو تماثل المال المقسوم تماثلاً لا يتحقق معه معنى المبادلة على وضعه الصحيح المعروف فى مبادلة الشيء بغير مثيله ، وعلى هذا يكون نظر الفقه الإسلامى متجهاً إلى اعتبار القسمة فى ذاتها منشئة للحق فيما لم يكن ملكاً للمتقاسم من قبل كاشفة له فيما كان مملوكاً له من قبل ، وإن اعتبروها كاشفة له فى المثل على العموم بسبب خارج عنها .

ويؤيد هذا ما جاء فى الهندية من أن أحد الشريكين فى الدار إذا باع منها بيتاً معيناً توقف عقده على إجازة شريكه فإن أجازه نفذ وكان البيت جميعه لمشتريه وباقى الدار بينهما وإن لم يجز بطل البيع ، وذلك لأنه قد باع مالا يملك إذ لا يملك جميع البيت وإذا وقعت القسمة بعد ذلك فكان البيت المبيع فى نصيب بائعه لم يصح العقد إذ لا صحة لعقد بعد إبطاله ولو كانت كاشفة لصح العقد .

وكان نظر فقهاء الرومان تماثلاً لنظر فقهاء الإسلام إذ بنوا نظرهم على أن جميع الشركاء يملكون كل ذرة من ذرات المال الشائع فلكل منهم حصة فيها فإذا وقعت القسمة أصبح كل منهم مالكا لجميع ما جعل نصيباً له وذلك لا يكون إلا عن مقايضة تمت فى شأن الحصص الشائعة ، وعلى هذا إذا وقعت القسمة فى مال مشترك موروث بين الورثة فلا يكون الوارث خلفاً عن مورثه إلا بالنسبة إلى حصته الشائعة التى كانت له قبل القسمة فى نصيبه الذى خصه بالقسمة .

أما بالنسبة لما عداه فإنه يكون خلفاً للمتقاسمين معه وعلى هذا تكون القسمة نافذة للحق فى خصوص ما كان لهؤلاء من أجزاء انتقلت بالقسمة إلى المتقاسم

(١) ابن عابدين ، ج ٥ ، ص ١٨٨ .

معهم، وقد رتبوا على ذلك أن الرهن الذى ينشئه أحد الشركاء أثناء الشيوع على حصته الشائعة يظل قائماً على كل العقار المرهون على الرغم من وقوع القسمة حتى بعد قسمة هذا العقار وصيرورته إلى شريك غير راهنه. إذ فى هذه الحال ينول إليه محملاً بالرهن بقدر الحصة التى كانت لراهنه فيه، ولما كان الرهن لا يقبل التجزئة فإن المتقاسم لا يستطيع أن يخلص نصيبه إلا إذا وفى الدائن بكل دينه - وإزاء هذه النتائج الضارة اتجه الفقه الوضعى والقضاء فى عهد القانون الفرنسى القديم إلى تصوير آخر للقسمة يودى إلى عكس هذه النتائج إذ لم تجعل القسمة سنداً تمليك وإنما جعلت تصرفاً محدداً للأشياء التى يتلقاها الوارث، فكل واحد من الورثة لا يرث سوى جزء يتعين بالقسمة واعتبرت القسمة ذات أثر رجعى وكان الوارث بمقتضاه خلفاً للمورث بالنسبة لكل ما خصه بسبب القسمة وذلك ما يجعل القسمة كاشفة للحق ومحددة له وليست ناقلة كما يجعل لها أثراً رجعياً على معنى أن أثرها يرجع ويستند إلى وقت بداية الشيوع.

وعلى هذا جاءت المادة ٨٤٣ مدنى مصرى إذ نص فيها على أنه يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص وتطابقها المادة ٧٩٧ مدنى سورى والمادة ٨٤٧ لىبى، وتفيد المادة ١٠٧٥ عراقى أن معنى الإفراز فى القسمة يرجع على معنى المبادلة فيها فيعتبر كل متقاسم أنه كان مالكا للحصة المفزة التى آلت إليه وأنه لم يكن يملك شيئاً من باقى الحصص وعلى هذا أيضاً التقنين اللبنانى.

ومما يلاحظ أن هذا الحرج المتمثل فى الرهن لا محل له فى الفقه الإسلامى إذ لا يجوز فيه رهن الشارع.

وجملة القول أن ما ذهب إليه رجال القانون من جعل القسمة كاشفة لامنشئة إنما هو افتراض يخالف الواقع ألجأهم إليه ما يصدر من بعض الشركاء من تصرفات المال المشترك اعتبروها مع قيام الشيوع نافذة فى المال المشترك وكان من أثر ذلك بقاءها فيه بعد قسمته بين الشركاء وكان فى بقائها إضراراً بالغ بغير المتصرف من الشركاء ودفعاً لهذا الضرر التجئوا إلى الافتراض وجعل القسمة كاشفة عما كان للمتصرف من حق وأن تصرفه يجب أن يقتصر على حقه الذى ناله بالقسمة.

أما الفقه الإسلامى فلم يلجئه إلى مثل هذا الافتراض شئ من أحكامه وذلك لما ذهب إليه من توقف نفاذ جميع تصرفات الشركاء فى المال المشترك على إحاطة الشركاء إذا ما مسهم هذا التصرف.

لزومها : إذا كان المال المشترك مثلياً فى يد أحد الشريكين مثلاً وقام بقسمته فى غيبة صاحبه جاز ذلك إذا كانت القسمة فى كل جنس على حدة دون مبادلة فيها بين الأجناس، غير أنها لا تتم ولا تنفذ إلا بسلامة حظ الغائب ووصوله إلى يده أو بسلامة حظ الشريك الصغير إذا ما قام بها الشريك البالغ ووصوله إلى يد وليه لتوقف اختصاصه به وتعيينه له على تسلمه إياه إذ ليس للشريك ذى اليد ولاية على الغائب أو ولي الصغير فى ذلك وبناء على ذلك يتوقف نفاذها ولزومها على تسليم الغائب أو ولي الصغير ما أفرزته القسمة له فإذا هلك قبل وصوله إليه كان ما جعله الشريك الحاضر حظاً لنفسه مشتركاً بينه وبين صاحبه الغائب أو الصغير على ما كان الحال عليه قبل القسمة.

أما القسمة فى غير ذلك فإنها لا تتم ولا تنفذ إلا إذا كانت بحضور جميع الشركاء وهم أهل لها فإن كان فيهم صغير أو مجنون وجب حضور من له الولاية عليه وعند ذلك تصير لازمة بتمام التمييز فلا يستقل أحد الشركاء بنقصها بعد ذلك كما أنها تلزم كذلك بإجازة القاضى إذا كان بين الشركاء من هو عديم الأهلية أو ضعيفها ولم يمثله فيها وليه ^(١).

وإذا قسم القاضى أو نائبه بالقرعة فليس لأحد الشركاء أن يأبى بعد خروج بعض السهام سواء أكانت القسمة بالتراضى أم بالجبر، كما لا يكون له ذلك قبل خروج القرعة وظهور بعض السهام إذا كانت جبرية، أما إذا كانت بالتراضى فإن له أن يرجع ما لم تتعين جميع الأسهم، وعلى الجملة فالقسمة بتمامها تصير لازمة لا يصح الرجوع فيها.

أنواعها : القسمة بالنظر إلى الإيجاب عليها عند طلبها من أحد الشركاء وإبائه غيره نوعان :

نوع يجبر عليه الأبى عند الطلب من أحد الشركاء.

(١) ص ١٨٤. الذ المختار. ج ١. ص ١٨

ونوع لا يجبر عليه الآبى .

وبيان ذلك فيما يلى :

المال المشترك إما أن يكون مثلياً وإما أن يكون قيمياً، وفى كلا الحالين قد يكون جنساً واحداً أو أكثر من جنس .

فإن كان مثلياً وهو جنس واحد وطلب أحد الشركاء فيه قسمته أجيب إلى طلبه . وإذا أباهأ أحد منهم أجبر عليها إذا لم يترتب عليها ضرر وذلك كأن يكون المشترك مكيفاً أو موزوناً أو عددياً متقارباً فإن ترتب عليها ضرر كما إذا كان المال المشترك واحداً غير متعدد ككتاب مطبوع لم يجب طالبها إلى طلبه إذ لا تكون قسمته إلا بتوزيع أوراقه بين الشركاء فيه وذلك ضرر بين يتنافى مع ما شرعت له القسمة من تأديتها إلى كمال انتفاع الشريك بحظه من المال المشترك وإنما يؤمر الشركاء فيه بالنهايؤ بحسب الزمان فينتفع به كل فى مدته من الزمن ومن أبى ذلك منهم لم يجبر على أن ينتفع وإنما يكون الكتاب تحت إرادته .

وإن كان المال المشترك عدة أجناس فطلب أحد الشركاء قسمتها بينهم وذلك بطلب قسمة كل جنس على حدة أجيب إلى طلبه وأجبر الآبى عليها أيضاً كما تقدم بيانه .

وإن طلب توزيع الأجناس بينهم لم يجب إلى طلبه إلا إذا تراضى على ذلك جميع الشركاء فإن لم يتراضوا على ذلك لم يجبر الآبى وقسم كل جنس بينهم كما تقدم، وذلك لغلبة معنى المبادلة والمعاوضة فى القسمة المطلوبة .

وإن كان المال المشترك قيمياً وهو جنس لم تتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً وطلب أحد الشركاء قسمته أجيب إلى طلبه وأجبر الآبى عليها وذلك كضيعة مشتركة وعدد من الغنم أو البقر، وهذا إذا لم يترتب على ذلك ضرر، والمراد بالضرر ألا يكون لكل حظ من المال المقسوم بعد قسمته الانتفاع الذى كان له قبلها كأن يكون المال المشترك حماماً لا يقبل قسمته إلى حمامين و آلة أو ثوباً أو حيواناً ونحو ذلك . ففى هذه الحال لا يجبر أبى القسمة عليها ولا تتم إلا بتراضى جميع الشركاء وإن كان من وراء قسمته بينهم انتفاعهم كل بحظه على وضع معروف .

فإن لم يرضوا قسمته أمرهم القاضى بأن يتفعلوا به بطريق المهايأة إن أمكن ذلك وإلا باع القاضى المال وقسم الثمن بينهم دفعاً للضرر على ما رآه محمد رضى الله عنه .

وإذا كان الضرر المترتب على القسمة يقع فى بعض الحظوظ لصغرها مثلاً دون بعضها الآخر كدار للسكنى بين شركاء اختلفت أنصباؤهم فيها كبيراً وصغيراً فإذا قسمت بينهم أمكن لبعضهم أن يجعل حظه داراً لسكناه دون بعضهم الآخر لم تقسم إلا بطلب صاحب الحظ الكبير الذى يتفعل بحظه ولايجاب صاحب الحظ الصغير إلى طلبه قسمتها إذا أباه صاحب الحظ الكبير ؛ لأن طلبها من صاحب الحظ الصغير يعد سفها إذ ليس من وراء إجابته إلى طلبه منفعة له . وقيل بعكس ذلك لأن طلبها من صاحب الحظ الكبير مع ضرر ذى الحظ الصغير يعد تعسفاً فى استعماله حقه لما يترتب عليه من الضرر بصاحبه ضرراً فاحشاً لعدم استطاعته الانتفاع بحظه ، بينما يتفعل الطالب بالمال المشترك على أية حال وإنما تكون القسمة فى هذه الحال برضا الجميع ، وقيل يجاب كل منهما إلى طلبه إذا طلبها وأفتى به ولكن المتون على أن الذى يجاب إلى طلبه هو صاحب الحظ الكبير وعليه المعول .

وإن كان المال المشترك القيمى أجناساً متعددة مختلفة وأريد قسمة كل جنس على حدة فالحكم كما تقدم ، وإن أريد قسمتها على وجه التبادل بين الأجناس لم يجبر القاضى الأبى عليها لظهور معنى المعاوضة فيها ظهوراً بيناً كما تقدم وذلك ما يستوجب قيامها على التراضى بين جميع الشركاء .

وفى حكم الأجناس القيمية المتعددة الجنس الواحد من المال القيمى إذا تعددت آحاده وكان بينها تفاوت فاحش كالجواهر فإن التفاوت بينها عظيم لاختلافها فى أحجامها وفى صفاتها وفى وضعها وصورتها مما يكون له أثر كبير فى قيمها فلا يقسم إلا بتراضى الشركاء ولايجبر القاضى من يأباه منهم على قسمته وإذا أراد أحد الشركاء البيع وأباه الآخر لم يجبر الأبى على بيع نصيبه خلافاً لما لك .

وهذا الحكم عام فى كل مال مشترك طلب أحد الشركاء بيعه وأبى

ذلك الآخر إذ لا يباع على إنسان ماله إلا لدفع الضرر الفاجش^(١).

إدخال النقد في القسمة:

والأصل في القسمة أن تخصص كل شريك بكامل نصيبه عينا. ذلك ماذهب إليه الفقه الإسلامي والفقه الوضعي. غير أنه قد يتعذر ذلك على القسام لأسباب كثيرة تحول دون تحقيقه فيضطر في تحقيق التعادل المطلوب إلى الالتجاء إلى النقد يدفعه لمن انتقص نصيبه عن حظه المملوك له من حصل من الشركاء على أكثر من حظه في المال المشترك. وذلك مانص عليه في المادة ٨٣٧/١ مدني مصري إذ جاء فيها: وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه وتطابقها المادة ٧٩١/٢ مدني سوري وفي معناها المادة ١٠٧٢/٣ مدني عراقي.

والعبرة في هذا الشأن بقيمة الأموال المشتركة وقت إجراء القسمة لا وقت بدء الشروع ولا وقت طلب القسمة.

وكذلك قد تتعذر القسمة العينية بين الشركاء مع مراعاة انتفاع كل شريك بنصيبه منها لأسباب كثيرة لاتخفى؛ وفي مثلها يقرر القسام قبول المال المشترك للقسمة، وكثيراً ما يكون هذا في قسمة المباني. ومثل ذلك لاسبيل إلى إزالة الشروع فيه إلا بالالتجاء إلى القسمة بطريق التصفية، وفيها تنص المادة ٨٤١ مدني مصري على أنه إذا لم تمكن القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بالطريق المبين في قانون المرافعات، وتقتصر الزائدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع، وتطابقها المادة ٧٩٥ مدني سوري، وتتفق معها المادتان ١٠٧٣، ١٠٧٤ مدني عراقي - ذلك ماذهب إليه التشريع الوضعي.

وفي الدر المختار وابن عابدين عليه^(٢)، أن الدراهم لاتدخل في قسمة العقار أو المنقول إلا برضا الشركاء. وقد علل الزيلعي ذلك بأنه لاشركة فيها، وبأن التعديل يقوت بها عند إدخالها في القسمة إذ إن بعضهم يصل إلى عين حقه من المال المشترك في الحال بينما لا يكون للآخر إلا دراهم في الذمة ويخشى عليها

(١) الدر المختار ص ١٨٣، ص ١٨٤ ج ٥، وحاشية ابن عابدين.

(٢) ج ٥، ص ١٨٤.

التوى، وهذا يدل على أن امتناع ذلك إنما يتحقق فى إعطاء أحد الشركاء عينا وإعطاء الآخر دراهم يدفعها من أعطى العين حتى يقال أن من أخذ الدراهم قد أعطى ما يتوى ولا يتعادل لذلك مع العين، وأن الدراهم لم تكن مشتركة. ثم ذكر صاحب الدر بعد ذلك أن المال المشترك إذا كان أرضا وبناء قسم بالقيمة عند أبى يوسف، وعند محمد أنه إذا لم تمكن التسوية بالأعيان جعلت الدراهم مقابل الفضل للضرورة، واستحسنه فى الاختيار. وقال فى الهداية إن هذا يوافق رواية الأصول. ونتيجة ذلك أن القسمة العينية إذا لم تكن ممكنة كانت قسمة المال بقسمة قيمته بعد بيعه عند أبى يوسف ومحمد وإلا فكيف تقسم جوهرة مشتركة أو كتاب مشترك. قال فى الدر المختار: وإذا أراد أحد الشركاء البيع وأبى الآخرون لم يجوز البيع، ثم قال: ولا تقسم الكتب بين الورثة ولكن يكون الانتفاع بالمهاياة، ولا يجوز قسمتها بالأوراق ولا بالجلدات ولو تراضى الشركاء على قسمتها بالقيمة جاز، وإلا لم يجوز. ومقتضى ما تقدم أن ذلك مقيد بعدم الضرورة.

وجاء فى كشف القناع أن الطريق إليها هو البيع وقسمة الثمن بين الشركاء فى مثل: حيوان وسيف وكتاب. ويجبر الأبى على ذلك، قال الشيخ: وهو مذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد^(١)، وإلى ذلك ذهب الشافعية عند تعينه^(٢). وبناء على ما ذكره الفقههاء على اتفاق فى أن القسام يلجأ إلى البيع وقسمة الثمن عند تعين ذلك لقسمة الأعيان المشتركة كما يجوز له التعديل بين الأنصباء بادخال النقود بناء على رضاهم.

ومما تقدم يتبين أن القسمة قد تتم بقسمة كل نوع من المال المشترك وتسمى حينئذ قسمة التفريق كأن يكون المال المشترك أرضا أو دارا أو مقدارا من البر فيقسم كل من الأرض والدار والبر بين الشركاء. وقد تتم بجعل نصيب كل شريك من الشركاء فى بعض آحاد المال وجمعه فيه كأن يكون المال المشترك أرضا ودارا فيأخذ أحد الشريكين فيه الأرض والآخر الدار، وتسمى هذه القسمة قسمة جمع. وكل من قسمة التفريق والجمع قد تتم بطريق القضاء والجبر عليها وتسمى حينئذ قسمة قضاء أو قضائية، وتكون أمام القاضى بناء على طلب أحد الشركاء مع إباء غيره.

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه، ج٤، ص ٢٢٠.

(٢) نهاية المحتاج، ج٨، ص ٢٧٢.

وقد تتم بالتراضي بين الشركاء وتسمى حينئذ قسمة تراض أو قسمة اتفاقية وهذه قد تكون أمام القضاء إذا ماتراضى عليها جميع الشركاء في مجلسه، وتارة تكون خارج مجلسه.

والأموال بالنسبة إلى هدفين النوعين نوعان: نوع يقبل كلا منهما، هو كل مال متعدد تقبل أحاده التجزئة مع بقاء منفعتها التي كانت لها قبل قسمتها، وذلك كعدد من الدور الكبيرة والضياح. ونوع يقبل أحدهما فقط وهو إما أن يقبل قسمة التفريق فقط كدار كبيرة أو أرض زراعية واسعة. وضابطه أن يكون المال شيئاً واحداً يقبل التجزئة مع بقاء منفعتها التي كانت له قبل قسمته، وإما أن يقبل قسمة الجمع فقط وهو أن يكون متعدد الأحاد، ولكن أحاده إذا قسمت لا يحتفظ كل حظ منها بما كان له من منفعة قبل القسمة كعشرين شاة وعشر سيارات.

هذا ماذهب إليه الفقهاء، وذهب الفقه الوضعي إلى أن القسمة قد تكون اتفاقية، وذلك إذا اتفق الشركاء على كيفية قسمة المال المشترك بينهم وتكون قضائية إذا لم يتفقوا وتولاها لذلك القضاء.

القسمة الاتفاقية:

تنص المادة ٨٣٥ مدني مصري: على أن للشركاء أن يقتسموا المال الشائع بينهم بالطريقة التي يرونها إذا اتفقت إجماعهم على ذلك فإذا كان من بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون. وفي المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال المصري «على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها هذه القسمة والإجراءات التي يجب اتباعها، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية. وتنص المادة ٧٩ من هذا القانون على أنه يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمهجور عليه مايسرى في شأن قسمة القاصر من أحكام، وذلك ماذهب إليه القانون السوري في مادته ٧٨٩ والليبي في مادته ٨٤٤.

وتنص المادة ١٠٧١/١ عراقى على أن للشركاء إذا لم يكن بينهم محجور

عليه أن يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها. وتنص المادة ٩٤١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه في جميع الأحوال الداعية إلى قسمة الأموال المشتركة يجوز للشركاء المالكين حق التصرف في حقوقهم أن يشرعوا في القسمة على الطريقة التي يرونها مناسبة بشرط أن يتفقوا عليها بالإجماع.

وغنى عن البيان أن القسمة في الفقهاء إذا وقعت بين الشركاء باتفاقهم وكان فيهم من هو ناقص الأهلية لم تظفر هذه القسمة بالتصديق عليها من المحكمة المختصة أو كانت قضائية ورفضت المحكمة التصديق عليها فإن من ارتضاها من كاملى الأهلية من الشركاء يظلون مقيدين بها دون أن يكون لهم حق التحلل منها؛ استنادا إلى عدم تصديق المحكمة، ذلك لأن تصديق المحكمة إنما لزم لمصلحة ناقص الأهلية فلا يستفيد من عدمه غيره كما أنها إذا كانت اتفاقية لاتم إلا باتفاق جميع الشركاء فإذا ارتضاها بعضهم دون بعض لم ينته بها الشيوع ولكن يقيد برضائه من وافق عليها حتى إذا وافق عليها الباقي بعد ذلك تمت وانتهى بها الشيوع.

القسمة القضائية:

لأى شريك يريد الخروج من الشيوع إذا لم يوفق إلى قسمة رضائية يتفق عليها جميع الشركاء أن يلجأ إلى القضاء لإجراء قسمة هذا المال. ذلك حكم عام فى الفقهاء وقد نص عليه فى المواد ٨٣٦ مدنى مصرى، ١/٧٩٠ مدنى سورى، ٨٤٥ مدنى لىبى، ١/١٠٧٢ مدنى عراقى، ٩٤٢ لبنانى. ويتضح من الرجوع إلى هذه المواد أنه إذا اختلف الشركاء فى قسمة المال المشترك جبت القسمة القضائية، وأنه إذا كان بين الشركاء ناقص الأهلية أو غائب فإن من البلاد العربية من يجيز القسمة الاتفاقية بشرط مراعاة الإجراءات التى نص عليها القانون ومنها مصر. ومن هذه البلاد ما يوجب أن تكون القسمة فى هذه الحال قضائية، والفقهاء الإسلامى لا يشترط ذلك.

تدخل الدائنين للشركاء فى القسمة: وليس لدائن الشريك حق المعارضة ولا حق التدخل فى قسمة المال المشترك عند الفقهاء، لأن حقه متعلق بذمة المدينين لا بأموالهم. وخالف فى ذلك التشريع الوضعى؛ فقد نص فى المادة ٨٤٢ مدنى

مصرى على أن لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم. ومثل ذلك جاء فى القانون الليبى م ٨٤٦ والقانون السورى.

ويترتب على ذلك أن على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم. ويجب أن توجه هذه المعارضة إلى جميع الشركاء. ويترتب عليها إلزام الشركاء بإدخال من عارض فى جميع إجراءات القسمة وإلا كانت غير نافذة فى حقهم. وحكمة ذلك حماية الدائنين من تواطؤ الشركاء تواطؤا يضر بهم كأن يتفقوا على اختصاص شريك مدين منهم بحصة تقل عن حقه ثم يكمل نصيبه فيما بينهم بنقود لا يستطيع الدائنون الوصول إليها ونحو ذلك.

ثبوت الخيارات فى القسمة:

إذا تمت القسمة وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالرضا فقد لزم، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يستقل بنقضها ويعدل عنها إلا إذا أثبت غبنا أو خطأ لعدم صحتها فى هذه الحال.

ولما فى القسمة من معنى المعاوضة فى الأحوال التى بينها ثبت فيها الخيارات، فإذا كانت قسمة جمع فى أجناس مختلفة مثلية أو قيمية ثبت فيها خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب، وكذلك فى قسمة القيمى من جنس واحد سواء أكانت بتجزئة آحاده أم بعدم تجزئتها على الصحيح من المذهب.

أما فى قسمة المثلى من جنس واحد فلا يثبت فيها إلا خيار العيب، وذلك لاشتراط السلامة والعدالة فيها، وإنما تثبت الخيارات فى القسمة بالتراضى لا فى القسمة القضائية، وجاء فى البدائع أن الرد بخيار الرؤية والشرط إنما يثبت عندما تكون القسمة بالتراضى أما إذا كانت بالقضاء فلا. إذ لا محل لاشتراط الخيار فى أمر يقضى به القاضى لما أن القضاء ملزم، وكذلك لا محل لخيار الرؤية فيه لنفس السبب إذ إن لزوم القضاء ينفيه.

شروطها: يشترط فى المال المقسوم ما يأتى:

(١) أن يكون عينا فلا تصح قسمة الديون فى الذمم؛ ذلك لأن الدين

وصف اعتبارى فى ذمة المدين لا يتصور فيه الإفراز ولا التمييز إذ إن التمييز أو الإفراز إنما يتحقق بأن يصير نصيب كل شريك فى حيز مستقل وفى وجهة مستقلة غير جهات الأنصباء الأخرى؛ وذلك لا يتصور إلا فى الأعيان لأنه فعل حسي لا يكون إلا فى المحسوس، ولا يتصور فى الدين لأنه عدم فى الحقيقة ولا يتصور تحيز ولا انقسام فى المعدوم وإنما أعطى الدين حكم الموجود للحاجة ولا حاجة فى القسمة إذ يمكن مباشرتها فى الديون بعد الوفاء. وعلى ذلك فإن القسمة لا تتم إلا بالقبض، وقبض مافى الذمة غير متصور لأنه وصف اعتبارى - ولأن فيها معنى التملك على ما بينا وتمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز، كما أن بيع الدين بالدين محظور.

ولأنه إذا كان شاغلا لضم متعددة عند تعدد المدينين لا تتحقق فيه المساواة لتفاوت الذمم ملاء وثقة فقد يتوى بعض الدين فى ذمة من الذمم ولا يتوى بعضه فى ذمة أخرى فيتضرر من كان التاوى من حظه.

وعلى ذلك إذا كان الدين لاثنتين لدى مدينين لم يجز اتفاقهما على أن يختص كل واحد منهما بدين معين منهما بل يكون كل ما يستوفيه أحدهما مشتركا بينهما.

وذهب الحسن وإسحق إلى جواز قسمة الدين قبل قبضه إذا كان فى ذمم متعددة، وليس يمنع من ذلك اختلافها فى الملاء والثقة كما لا يمنع اختلاف الأعيان فى القيمة من قسمتها، وإلى هذا القول ذهب بعض الحنابلة، ولكن الصحيح فى المذهب عدم الجواز.

وبناء على ذلك يكون ما يقضيه كل شريك من الدين المشترك مشتركا بين جميع الدائنين فلكل منهم أن يرجع فيه بحصته منه ولا يستقل به القابض إلا إذا رضى بذلك جميع الشركاء؛ وسواء فى ذلك الدين الحال والدين المؤجل؛ إذ إن المؤجل يصير حالا بأدائه فلا يختص به أحد الشركاء عند أدائه.

وعلى ذلك إذا دفع المدين جميع الدين إلى أحد الشركاء لم تبرأ ذمته بهذا الدفع إلا من حصة القابض، إذ لا ولاية له إلا فى قبض حصته. ولذا كان غير القابض من الشركاء بالخيار، إن شاء رجع على القابض بحصته فيما قبض وإن شاء ترك ذلك ورجع على المدين بحصته من الدين.

(٢) أن يكون المال المقسوم مشتركاً بين جميع الشركاء حين القسمة ولا ملك لغيرهم فيه، وعلى ذلك تكون قسمة الغاصبين لما اشتركوا في غصبه غير صحيحة.

وإذا قسم المال فظهر بعد قسمته مستحق له فإن استحقه أو استحق بعضاً شائعاً في جميعه بطلت القسمة اتفاقاً، وإن استحق جزءاً شائعاً في أحد الأنصباء فكذلك الحكم عند أبي يوسف لفوات معنى الإفراز بذلك - وقال الإمام: يخير من استحق بعض نصيبه بين المطالبة بفسخ القسمة ثم يقسم المال مرة أخرى، وبين الرجوع على شركائه الآخرين بقسط كل منهم فيما استحق، وفائدة ذلك احتفاظه بما في يده.

وإن استحق جزء معين في أحد الأنصباء أو فيها كلها لم تفسخ اتفاقاً، ولكن يرجع من استحق جزء من نصيبه على الباقي بقدر ما تتعادل به القسمة وتصح.

وقد نصت المادة ٨٤٤ مدني مصري في هذا الصدد على:

(١) أن يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة - ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان منهم على الضمان منهم على أساس تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

(٢) ولا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق سابق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، كما يتمتع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم مستحق الضمان نفسه.

وبمثل هذه الأحكام جاءت المادة ٧٩٨ مدني سوري، ٨٤٨ مدني لیبی، وتطابق الفقرة الأولى في المادة السابقة المادة ١٠٧٦ مدني عراقي. أما الفقرة الثانية فلا مقابل لها في القانون العراقي - وجاء في التقنين اللبناني النص على هذا الضمان إذا كان لسبب سابق على القسمة طبقاً للأحكام الموضوعة في البيع.

وهذا الضمان مؤسس على وجوب تحقيق المساواة بين المتقاسمين، إذ لو اختص شريك بعين معينة ثم استحققت بأن حكم بها لأجنبي فإنه يظهر بذلك أنه لم يحصل على نصيبه بينما حصل أصحابه على أكثر من أنصبتهم في المال المشترك. ولا يشمل الضمان ما يظهر في أحد الأنصبة من العيوب الخفية، إذ مآل ذلك إلى ظهور غبن في القسمة وله أحكامه الخاصة. وهذا ما أخذ به في التقنين المصري والسوري والليبي والعراقي خلافاً للتقنين اللبناني لمجيء النص فيه عاماً شاملاً.

وإذا انفرد بعض الشركاء بقسمة المال المشترك وأغفلوا شريكاً معهم لم يكن ذلك من متناول الضمان وإنما يكون أثره بطلان القسمة.

ويتبين من المادة ٨٤٤ مدنى مصرى - والمواد المطابقة لها فى القوانين العربية الأخرى - أنه يشترط لتحقيق الضمان ما يأتى:

(أ) أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة فى الوجود.

(ب) ألا يكون راجعاً إلى خطأ مستحق الضمان نفسه، كما لو أهمل أن يطلب تدخل شركائه فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى.

(ج) ألا يكون هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء من الضمان فى الحال الخاصة التى نشأ عنها الاستحقاق أو التعرض فلا يكفى اشتراط عدم الضمان بصفة عامة، غير أن هذا الشرط لم يلتزم إلا فى القانون المصرى والسورى والليبي دون العراقى واللبنانى.

وبناء على ما ذكر لا يترتب على التعرض أو الاستحقاق فى أية حالة من أحوالها بطلان القسمة، وهو الأثر الذى ذهب إليه الفقه الإسلامى فى بعض الأحوال، وإنما يترتب على ذلك إلزام المتقاسمين كل بنسبة حصته بتعويض المتقاسم مستحق الضمان بأن يوزع على جميع المتقاسمين بما فيه المستحق له، وإذا كان فيهم معسر اعتبر معدوماً ووزع الضمان على غيره، وتراعى قسمة المال المشترك وقت قسمته.

وإذا قسم الورثة بينهم تركة مورثهم ثم ظهر عليها دين بطلت القسمة إلا إذا أوفوا الدائن دينه أو تنازل الدائن عنه أو تركوا من التركة ما يفي بدينه من غير

وذلك بسبب أن الدين يحول دون تملك الورثة للتركة حتى يسدد. وكذلك الحكم إذا ظهر في التركة موصى له بجزء شائع فيها كلها أو بوصية مرسلة لأن الموصى له مالك فكان شريكا للورثة في التركة والشرط فيها حضور جميع الشركاء.

ويشترط في القسمة مايتى:

(١) ألا تفوت بها منفعة الشركاء فإن فاتت بها منفعتهم جميعا لم يجر للقاضى أن يجبرهم عليها، كأن يكون المال المشترك آلة أو حيوانا ولكن إذا رضوا جميعا بالقسمة جاز لهم أن يقتسموا - إذ المال مالهم - وإذا فاتت بها منفعته فذلك شأنهم، وإن فات بها منفعة أحدهم فقد اختلف فى ذلك فقهاء الحنفية: فمنهم من ذهب إلى أن القاضى يجبر عليها إذا طلبها من لاتفوت منفعته وفى قسمة المال منفعة له فلا يضار فى ذلك بسبب غيره. ومنهم من قال إنما يجبر القاضى عليها إذا طلبها من تفوت منفعته؛ لأن فوات منفعته برضاء ولايصح أن يضار بطلب غيره كما فى الحال السابقة، ومنهم من ذهب إلى أن القاضى يجبر عليها بطلب أحدهما، وقد تقدم هذا.

(٢) أن تكون عادلة فإذا ظهر فيها غبن فإن كان سيرا لم يلتفت إليه. إن كان فاحشا نقضت إذا كانت بقضاء القاضى؛ لأن قضاء القاضى مقيد بالعدل وإن كان بالتراضى لم يسمع قول مسدعيه عند بعض الفقهاء لسبق رضاه ولتناقضه بناء على ذلك. والأصح أنها تفسخ فى الحالين لعدم توافر شرط العدالة فيها.

وفى بيان اليسير والفاحش عدة أقوال: منها أن اليسير مايدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ماعداه. فإذا كان فى بعض الأنصباء غبن هو محل اتفاق أهل الخبرة بحيث لايفتلفون فى تحققه كان فاحشا وإن اختلفوا كان يسيرا - ومنها أن اليسير مايتجاوز الخمس بالنظر إلى القيمة والفاحش ما زاد على ذلك. وهناك أقوال أخرى فى بيانهما. وخير الآراء هو الراى الأول وعليه الفتوى.

وقد ذهب التشريع الوضعى إلى جواز نقض القسمة بسبب الغبن فيها، فقد نص فى المادة ٨٤٥ مدنى على أنه يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى بطلب نقضها خلال

السنة التالية للقسمة وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا مما نقص من حصته . وجاء مثل ذلك في المادة ٧٩٩ مدنى سورى ، والمادة ٨٤٩ مدنى لىبى .

وتنص المادة ١٠٧٧ مدنى عراقى على أنه يجوز نقص القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن فاحش ، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا مانقص من حصته - ويعتبر الغبن فاحشاً متى زاد على قدر ربع العشر فى الدراهم ونصف العشر فى العروض والعشر فى الحيوانات والخمس فى العقار - وما ذهبت إليه هذه المادة فى تقدير الغبن الفاحش قول من أقوال فقهاء الحنفية .

وكذلك أجاز التقنين اللبنانى نقض القسمة مطلقاً بسبب الغلط أو الإكراه أو الخدع أو الغبن مادة ٩٤٧ من تقنين الموجبات والعقود ، كما نص فى المادة ٩٤٩ منه على عدم قبول الدعوى بذلك بعد انقضاء السنة التى تلى القسمة .

ويلاحظ أن نقض القسمة بسبب الغبن قد اقتصر فيه على القسمة الرضائية فيما عدا التشريع اللبنانى ؛ وذلك بناء على أن القسمة القضائية قد اتخذت فيها كل الاحتياطات لمنع الغبن فيها ، ولايسرى هذا الحكم على المهايأة بل تخضع للقواعد العامة للعقود .

(٣) هذا ولا بد من حضور جميع الشركاء فى القسمة بالتراضى كما قدمنا وحضور من يمثل الغائب أو القاصر منهم ، أما فى القسمة بالقضاء فالشرط فيها أن تكون بطلب أحدهم .

هذا وقد ذكرنا أن القاضى لايجبر على القسمة إلا إذا كان انتفاع كل شريك بحظه بعدها انتفاعه به قبلها ، وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك عند الحنفية . ويرى الحنابلة أن للقاضى أن يبيع المال المشترك فى هذه الحال ويقسم ثمنه بين الشركاء منعا للضرر وذلك مايقضى ببيع المال المشترك وقسمة ثمنه بين الشركاء فى كل حال لاتمكن فيها القسمة ، ولا تقبل فيها المهايأة ، إذ لا ضرر ولا ضرار ، وقد سبق القول فى ذلك .

المهاياة

هى عبارة عن قسمة منافع المال المشترك على وجه يضمن لكل شريك وصول حقه إليه فى منافعه، وإنما تكون فى المنافع لا فى الأعيان فلا تجوز فى ثمار الأشجار ولا فى ولد الحيوان ولا فى لبنه ولا صوفه بل سبيل ذلك القسمة العينية. وعلى ذلك لا تجوز المهاياة فى بستان مشترك بين اثنين مثلاً على أن يعطى لأحدهما مدة معينة من الزمن يكون له فيها ثمار أشجاره ويعطى للآخر مدة أخرى يكون له فيها ثماره، ولا أن يعطى أحدهما جانباً منه ليكون له ثماره ويعطى الآخر الجانب الآخر لذلك؛ لما فى ذلك من الضرر؛ فقد لا يحصل أحدهما فى مدته أو من جانبه الذى أعطى له على شىء من الثمار.

والمهاياة نوعان: رمانية ومكانية، فالزمانية. أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك أزماناً بحسب حصصهم فيه فإذا كانت دار مشتركة بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها، وصح أن يتفقوا على أن يسكن صاحب الثلث شهراً وصاحب الثلثين شهرين وهكذا.

والمكانية: أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك بقسمته بينهم قسمة مؤقتة فإذا كان المال المشترك أرضاً زراعية بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها جاز أن يتفقا على أن يأخذ صاحب الثلث ثلثاً معيناً منها ليزرعه ويأخذ الآخر باقيةا، وإذا كان المال المشترك بينهما داراً ذات طبقتين جاز أن يتفقا على أن يأخذ كل منهما طبقة معينة منهما ليتفعا بها. ولا بد فى الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع بخلاف المكانية.

وقد جاء بيان المهاياة المكانية فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ مدنى مصرى فنص فيها على أنه فى قسمة المهاياة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرد يوازى حصته فى المال الشائع متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء. ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد - وقد جاء مثل هذا النص فى المادة ٨٠٠ فقرة أولى مدنى سورى والمادة ٨٥٠ مدنى لیبى والمادة ١٠٧٨ فقرة أولى مدنى عراقى.

وعلى هذا يرى أن التشريع الوضعى خالف الفقه الإسلامى فأرجب أن تكون المهياة المكانية محددة المدة على الوضع الذى بين فى المواد السابقة، ثم نص على أنه إذا لم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد وظلت تتجدد سنة بعد أخرى حتى دامت خمس عشرة سنة فإنها تتحول إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك، وهذا الحكم الأخير انفرد به القانون المصرى فقرة ثانية مادة ٨٤٦ والقانونى السورى مادة ٨٠٠.

والحكمة فى ذلك كما جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المصرى أنها إذا دامت خمس عشرة سنة دون رغبة فى إنهاؤها من أى شريك كانت خير قسمة يلجأ إليها مع الاطمئنان، وعلى هذا يكون تحولها بقوة القانون إلى قسمة نهائية ومن ثم لا تقبل التقض بسبب الغبن ولا يمنع من هذا التحول وجود شريك قاصر.

وجاء بيان المهياة الزمانية فى المادة ٨٤٧ مدنى مصرى إذ أفادت أنها تكون باتفاق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، ومثل ذلك جاء فى المادة ٨٠٠ مدنى سورى والمادة ٨٥١ مدنى لىبى، والمادة ١٠٧٨/٢ مدنى عراقى - ويلاحظ أن التقنين اللىبى لم يرد فيه تنظيم فى هذا الموضوع كما لا يوجد له نظير فى التقنينات الأجنبية (١).

ويرى التشريع الوضعى أن كل شريك فى قسمة المهياة يعتبر مؤجراً للشريك الآخر ومستأجراً منه لأنها تبادل فى المنافع؛ ولذا كانت خاضعة لأحكام عقد الإيجار. إذ نص فى المادة ٨٤٨ مدنى مصرى على أنها تخضع من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة. وهذه المادة تطابقها المادة ٨٠٢ مدنى سورى والمادة ٨٥٢ مدنى لىبى، كما نص فى المادة ١٠٧٩ مدنى عراقى على أن المهياة تخضع من حيث الأهلية للمتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض وطبيعة المهياة.

(١) الملكية للدكتور الصدة

وبناء على هذا تكون ملزمة للمتهاينين لايحوز لأحدهم العدول عنها ويكون لهم من الحقوق ما للمستأجرين بمقتضى القانون مادامت لا تتنافى مع طبيعة المهايأة.

والمهايأة فى الحالىن عقد معاوضة بين منافع المال المشترك، وإذا كان بالتراضى بين الشركاء كان غير لازم فلكل منهم أن يعدل عنه ويفسخه أما إذا كانت بقضاء القاضى عند عدم إمكان القسمة كانت لازمة لم يجز فسخها إلا باتفاقهما أو بقضاء القاضى إذا ما أريد قسمة المال بواسطة بيعه وقسمة ثمنه - ولا تبطل المهايأة بموت أحد الشركاء إذ لا فائدة من ذلك إذ لو بطلت لأعادها القاضى مرة أخرى.

وإذا طلب أحد الشركاء المهايأة وطلب غيره القسمة قدم طلب القسمة إذا أمكنت لأنها أقوى فإذا لم تمكن أجبر أبى القسمة عليها.

ويجبر القاضى عليها إذا طلبها أحد الشركاء فى الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً كما فى الثياب والأراضى - هندية جـ ٣ ص ٢٢٩ وذكر شمس الأئمة السرخسى أن القاضى يجبر على التهاؤ على الأظهر.

وفى المهايأة المكانية يحوز لكل شريك أن ينتفع بنفسه وأن ينتفع بواسطة غيره فبيعير ويؤجر. أما فى الزمانية فلا خلاف عند الحنفية فى أن ليس لأحدهما إلا أن ينتفع بنفسه إذا لم يكن شرط بأن له أن يستغل فإن اشترط جواز الاستغلال فقد ذكر القدورى أنه شرط باطل لا يترتب عليه أثر. وذهب بعض الفقهاء إلى أنه شرط جائز فيها (١).

(١) البدائع للكاستى، ج ٧ ص ١٧ - ٣٣.

الملكية الشائعة المستمرة

من حالات الملكية الشائعة حالة يجب لها بقاؤها على الشيوع، فلا يجوز طلب القسمة فيها. وهى حالة المال المشترك الذى وجد لىؤدى منافع مشتركة، وكان ذلك هو الغرض من وجوده والاشتراك فيه، وجاء فى هذا المعنى نص المادة ٨٠٥ مدنى سورى والمادة ٨٥٤ لىبى والمادة ١٠٨١ عراقى، وتشمل هذه الحال الشيوع فى الحائط المشترك والأجزاء المشتركة فى الدور المقسمة إلى طبقات لكل طبقة منها مالك، كالسلم ونحوه والروى الخاص المملوك لعدة ملاك ومخصصا لرى أراضيهم، وحالة القناطر والممرات الخاصة المملوكة لأربابها ومخصصة لخدمة عقاراتهم - وغنى عن البيان أن عدم قبولها للقسمة مرده إلى أن الانتفاع به لا ييسر ولا يتحقق إلا مع بقاءه على الشيوع - وكان لكل شريك أن يتنفع به مراعى فى ذلك عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين. وبصفة عامة يحق لكل شريك أن يستعمل هذا المال المشترك كما لو كان مملوكا له ملكية خالصة بشرط ألا يترتب على هذا الاستعمال تعديل فى الغرض الذى خصص له المال المشترك أو إضرار بحقوق الشركاء الآخرين، وألا يستعمله فى خدمة عقارات أخرى غير التى خصص لخدمتها.

وغنى عن البيان أن ما يتطلبه هذا المال من النفقات يلتزم به الشركاء فيه كل بنسبة حصته فيه، ولكل منهم الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظه وصيانته. وليس من هذا المال ما يحتاج إلى تفصيل القول فيه: كالجدار المشترك والسلم المشترك من ناحية عمارتهما وتجديدهما وإعادتهما. ولذا فصل أحكامهما فيما يلى:

أحكام الجدار المشترك: سبق الكلام عليه فى الملكية الشائعة فى الأعيان بما فيه الكفاية.

ملكية الأسرة: يحدث كثيراً أن يرى ورثة شخص بعد وفاته بقاءهم على الوضع الذى كانوا عليه فى حياته فيظل المال الموروث على حاله مملوكا لهم على الشيوع يقومون على إدارته واستغلاله وتنميته وتقوم على غلاته معاشهم. وقد رأى الشارع المصرى والسورى واللىبى أن هذا الوضع جدير بالتنظيم استجابة للداعى المصلحة، فاستحدث فى قوانين مصر وسوريا وليبيا نظام ملكية الأسرة: وهو نظام وضعى أساسه الملكية الشائعة العادية، وقد روعى فيه ما بين أفراد الأسرة من ترابط ومالها من عادات، وهو من الناحية الفقهية لا يعدو أن يكون حالة من حالات

الشيوع العادية قيدت بقيود وضعية اقتضتها المصلحة؛ ولذا فليس لهذا النظام وجود في الفقه الإسلامى وليس له أحكام خاصة.

ملكية الطبقات: يتناول الكلام فى هذا الموضوع ثلاث مسائل:

(١) حقوق الملاك والتزاماتهم بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة.

(٢) إدارة الأجزاء المشتركة.

(٣) أحكام الملكية المفردة للطبقة - فأما أحكام الملكية المفردة للطبقة فقد سبق

الكلام عليها عند كلامنا على أحكام العلو والسفل فى الجزء الأول ١١٢ وما بعدها وإذا ففيمما يلى الكلام على أحكام الموضوعين الآخرين.

(أ) حقوق الملاك والتزامهم بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة.

ترد الملكية الشائعة فى الدار المكونة من طبقات مملوكة لشركاء متعددين لكل طبقة - على الأجزاء المشتركة المعدة لمنفعة جميع الطبقات ولاستعمال جميع الملاك ولم تكن العمارة - فيما سلف من الزمن - قد تطورت إلى الصورة الحاضرة؛ ولذا لم يتعرض الفقهاء لما تعرضت له القوانين الآن بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة المعدة لخدمة الطبقات وملاكها.

وعلى الجملة فإن هذه الأجزاء المشتركة وقد أصبحت مملوكة لأرباب الطبقات لغرض خاص مشترك فإن القواعد العامة لتنظيم الملكية الشائعة الخاصة بالممرات الخصوصية المملوكة ونحوها تنطبق على هذه الأجزاء، ويكون الانتفاع بها خاضعاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن يكون انتفاع كل شريك فى حدود الغرض الذى أعدت له هذه الأجزاء، وألا يترتب عليه ضرر بالشركاء الآخرين، وألا ينتفع به فى خدمة عقار آخر غير ماخصصت له هذه الأجزاء.

وقد تعرض القانون المدنى المصرى لهذا الموضوع فى الفقرة الأولى من المادة ٨٥٦ إذ جاء فيها «أنه إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض المقام عليها البناء، وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع. وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأحنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل الأنايب إلا ماكان منها داخل الطبقة أو الشقة، وكل هذا مالم يوجد ما يخالفه فى سندات الملك، وهذا يطابق ما جاء فى المادة ٨١١ فقرة أولى مدنى سورى، والمادة ٨٦٠ فقرة أولى مدنى لىبى مع إضافة السلال.

ومعلوم أن هذا التعداد جاء على سبيل المثال، وبمقتضى ما ذكر لا تكون الجدران الخاصة بالطبقة من الأجزاء المشتركة وتكون الحوائط الفاصلة بين شقتين مشتركة الملكية بين أصحاب هاتين الشقتين، كما يلاحظ أن الفقهاء قد رأوا أن سقف الطبقات السفلى تكون ملكاً لأصحابها، وليس لأرباب الطبقات العليا إلا حق الارتفاق عليها، وليس لأى مالك إحداث أى تعديل فى هذه الأجزاء بغير موافقة جميع الملاك إلا إذا توافرت شروط أربعة:

١ - أن يكون التعديل على نفقته الخاصة.

٢ - أن يكون من شأنه تيسير استعمال تلك الأجزاء.

٣ - ألا يغير من تخصيصها.

٤ - ألا يلحق ضرراً بالملاك الآخرين (مادة ٨٥٧ فقرة أولى مدنى مصرى). وما تتطلبه هذه الأجزاء المشتركة من النفقات يلزم به الملاك بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى الدار. وهذا ماتقضى به أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ مدنى مصرى.

(ب) إدارة الأجزاء المشتركة:

تقضى القواعد الفقهية بأن تكون إدارة هذه الأجزاء المشتركة منوطة بإدارة ملاكها شأن كل ملك مع مالكة، فإن شاءوا أداروها مجتمعين وإن شاءوا وكلوا عنهم من يديرونها منهم أو من غيرهم.

ولكن الشارع المصرى والشارع السورى والشارع الليبى اقتبسوا هذه الإدارة نظاماً من القانون الفرنسى حيث أجازوا للملاك الدار المقسمة إلى طبقات أو شقق أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم لإدارة الأجزاء المشتركة فى هذه الدار فقرة أولى مادة ٨٦٢ مدنى مصرى، وفقرة أولى ٨١٧ مدنى سورى، ومادة ٨٦٦ مدنى لیبى.

ويكون سلطان هذا الاتحاد وولايته محددة بما نص عليه فى عقد تكوينه، وإذا لم يكون الاتحاد اعتبرت إدارة أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيم الأنصاء وتكون هذه الإدارة ملزمة للجميع بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن فى ذلك بكتاب موصى عليه مادة ٨٦٤ مدنى مصرى.

ذلك إلى ما جاء بشأن ذلك بهذا القانون وفى القانون المدنى الليبى، والقانون المدنى السورى، وهذا النظام يتفق مع ماتقضى به الشريعة الإسلامية؛ إذ إن هذا الاتحاد إذا ما كان بموافقة جميع الملاك لا يعدو أن يكون وكيلاً عنهم فيكون له من الحقوق ما لهم.

أسباب كسب الملكية

بيننا فيما سبق ما يدل عليه اسم الملكية في عرف الشرعيين، وما يدل عليه في عرف رجال القانون، وأنه في عرف الشرعيين ينبئ عن الاختصاص الحاجر سواء أكان في عين أم في منفعة أو حق، وأنه في عرف رجال القانون يقوم على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف، وأنه لا يكون إلا في الأعيان المشخصة، وأن المنافع والحقوق لا تصلح محلا له في اصطلاحهم، ومن ثم كان الكلام في أسباب الملك مختلفا تبعا لاختلاف محله ومعناه، فعند رجال القانون يقتصر على بيان أسباب ملك الأعيان فقط، وبناء على ذلك يشترك الفقهاء الشرعي والوضعي في أسباب ملك الأعيان مع اختلاف قليل سنشير إليه عند بيانها - ، وينفرد الفقه الإسلامي ببيان أسباب ملك المنافع والحقوق باعتبارها أسبابا لهذا النوع من الملك وإن تعرض لها الفقه الوضعي باعتبارها قانونية تنشأ عنها آثار أخرى لا تسمى في عرفه ملكا، وقد تسمى في كثير من أحوالها التزاما أو دينا كما سيأتي تفصيله .

أسباب ملك الأعيان :

ملك العين قد يكون مسبوقا بملك فيها لأحد من الناس وقد يكون مبتدأ غير مسبوق بملك فيها لأحد، فإذا كان مبتدأ اقتصر سببه على الاستيلاء عليها، أى على سبق يد من استولى عليها، فإذا سبقت يد أحد بالاستيلاء عليها ملكها وإن كان مسبوقا كان الملك فيها امتدادا للملك السابق عليه، وذلك لانتقال ما كان ثابتا فيها من ملك من ذمة مالك إلى ذمة مالك آخر، ومن ثم كانت أسباب الملك في هذه الحالة أسبابا في واقع الأمر لانتقال الملك من مالك إلى آخر لإحداثه، وذلك يكون بالوراثة؛ إذ ينتقل ملك المتوفى في العين بموته إلى ورثته، وبالصيغة إذ ينتقل ملك الموصى في العين الموصى بها عند وفاته بموجب وصيته إلى الموصى له به، وبالشفعة إذ ينتقل بها ملك العين المشفوع فيها في ذمة المشفوع ضده إلى ذمة الشفيع، وبالعقد إذ ينتقل به ملك مالك العين إلى من تعاقد معه، وكذلك الوضع في الالتصاق والحيازة على ما سيأتي بيانه فيما بعد. وإذا كان الملك المسبوق لا يعتبر ملكا ناشئا بل امتدادا للملك السابق عليه فإن النتيجة لذلك أنه يعتبر امتدادا للملك الأول الثابت بالاستيلاء .

الاستيلاء :

يلاحظ فى أساليب رجال القانون أنهم يستعملون لفظ استيلاء ولفظ حيازة وهما لفظان لا يكادان يختلفان معنى ودلالة فى اللغة العربية، ففى القاموس المعجم الوسيط : استولى على الأمر ظهر عليه وتمكن منه وصار فى يده وبلغ الغاية فى ذلك، وحاز الشيء ضمه وملكه وجمعه كاحتيازه. وهذه المعانى متلاقية لا اختلاف بينها، والشرعيون يستعملون اللفظين استعمالاً واحداً فى وضع اليد على الشيء والظهور عليه مع التمكن منه، أما رجال القانون فإنهم يفرقون بين اللفظين فى الاستعمال : فيستعملون لفظ استيلاء فى وضع اليد على الشيء والتمكن منه مع النية فى تملكه والظهور بهذا المظهر، ويستعملون لفظ الحيازة فيما يثبت للمستولى من سلطة وولاية على الشيء المستولى عليه بحيث يكون لها مظهر الملكية فى مباشرة بعض آثارها، فهى عندهم أثر للاستيلاء ونتيجة له، ومن ثم اختلفت أحكامها على ما سيأتى بيانه. والأموال بالنظر إلى ما يكون للاستيلاء عليها من أثر فيها نوعان :

أموال مباحة، وأموال مملوكة.

فالمباحة هى التى تملك بالاستيلاء عليها فينشأ به الملك فيها لمن استولى عليها، أما المملوكة فالاستيلاء عليها أو حيازتها حق للمالكها، وأثر من آثار ملكه إياها، ولا يكون لغير مالكها إلا عن طريقه.

ولما كانت جميع الأمور قد خلقها الله سبحانه وتعالى للناس ليتفعلوا بها كانت مباحة لهم، قال تعالى ﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً﴾ «البقرة» وكان لهم أن يتفعلوا بها، وذلك عن طريق استيلائهم عليها وتمكنهم منها على أوضاع وصور أدت فى كثير من الأحوال إلى اختصاصهم بها والاستثمار بما فيها استثماراً سمي ملكاً وامتلاكاً، وعد المصدر والأساس لوجود الانتفاع وصوره. ومن ثم كان الاستيلاء سبباً من أسباب الملك، وكان السبب الوحيد لتملك المال المباح، وكان الملك الناشئ به مصدر كل ملك وجد بعده.

فالملك المباح قبل الاستيلاء عليه لم يكن ملكاً لأحد فإذا استولى عليه إنسان أصبح ملكاً له ينتقل عنه إلى ورثته بعد وفاته، أو إلى من يملكه إياه بعقد من

العقود أو بأى سبب من الأسباب الناقلة للملك . وهذا ما اقتضته طبيعة الحياة الاجتماعية، وأقرته الشريعة الإسلامية فيما أثر عن رسول الله ﷺ . فقد روى أن أسحر بن مفرس قال : « أتيت رسول الله ﷺ فبايعته فقال : من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له » قال : « فخرج الناس يتعادون ويتخاطون » رواه أبو داود ، « أى يسرعون فى السير ويعملون على الأرض علامات بالخطوط وهى ما تسمى بالخطط واحدها خطة » ليثبتوا سبق أيديهم على ما حازت من الأرض .

وعن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « من أحاط حائطا على أرض فهى له » رواه أحمد وأبو داود . وفى رواية : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » رواه أحمد والترمذى وصححه .

والأرض الميتة هى التى لم تعمر ، شبهت عمارتها بالحياة وتعطيها بالموت ، وإذا كان هذا هو حكم العقار فالمنقول به أولى لكمال الحياة والاستيلاء فيه ولظهور الاستئثار به ظهورا لا يكون فى العقار .

وإنما يتحقق الاستيلاء ويترتب عليه أثره وهو الملك إذا كان بفعل يؤدى إلى التمكن ووضع اليد . فإذا لم يكن فعل لم يتحقق الاستيلاء ولم يثبت ملك . وعلى هذا لو حظر إنسان السمك فى حظيرة فإن أمكن بذلك أخذه من غير صيد كان هذا استيلاء وتملكه بهذا الفعل ، ولذا يجوز له بيعه على هذا الوضع . وإن لم يمكن أخذه من الحظيرة إلا بصيده لم يملكه لأنه لا يعد مستوليا عليه بوجوده فى الحظيرة على هذا الوضع . وكذلك الحكم فى سائر المباحات : كالطير إذا باضت أو فرخت فى أرض إنسان فإنه لا يخرج بذلك عن إباحته ويكون لكل من سبق إلى أخذه سواء فى ذلك صاحب الأرض أو غيره .

ولا يختلف الحكم إذا ما كان صاحب الأرض قد أعد فى أرضه وكرا لذلك فاحتله الطير دون عمل من صاحب الكور .

ومن الفقهاء المتأخرين من ذهب إلى أن اتخاذ الكور يعد عملا يتحقق به الاستيلاء فإذا حل فيه الصيد صار مملوكا لصاحب الكور . ويقول صاحب البدائع : إن هذا رأى غير سديد ؛ لأن هذا لا يعد أخذا . والرسول ﷺ يقول : فهو لمن أخذه ولأن الملك فى المباح إنما يثبت بالاستيلاء عليه ، وإذا أخذه من الكور إنسان غير صاحب الكور كان هو المستولى عليه دون صاحب الكور .

وكذلك الخكم فى صيد التجأ إلى أرض رجل أو إلى داره فلا يعد ذلك استيلاء من صاحب الأرض أو الدار، ولذا لو أخذ من الأرض أو الدار إنسان كان له. ولكن لو رد صاحب الدار عليه الباب بعد التجائه ملكه، فذلك إن أمكنه أخذه من غير صيده؛ لتحقق الاستيلاء عليه بفعله مع إمكان أخذه، وكذلك لو نصب شبكة فتعقل فيها صيد على وضع ليس له خلاص منها فإنه يكون لصاحب الشبكة سواء كان ملكا له أم لغيره. وكذلك من أرسل بازى إنسان بغير إذنه على صيد فأخذه، أو أغرى كلبا لإنسان على صيد فأخذه فإنه يكون للمرسل أو المغرى لالصاحب البازى أو الكلب. ولكن لو نصب فسطاطا فالتجأ إليه صيد لم يملكه لأن نصب الفسطاط لم يكن لهذا الغرض بل لغرض آخر، فلم يكن نصبه عملا يراد به الاستيلاء بخلاف نصب الشبكة^(١).

ولو حفر حفرة فوق فيها صيد فإن كان قد حفرها ليجمع فيها الماء لم يملكه بوقوعه فيها وكان لمن أخذه منها، وإن حفرها للاصطياد ملكه بوقوعه فيها^(٢). وعلى هذا لو ترك إنسان طستا تحت قبة السماء فنزل فيه المطر فملأه لم يحرزه بذلك ولم يملكه، ولو وضعه لهذا الغرض أحرزه بذلك وملكه وكان له بيعه ومنعه.

وحاصل القول فى ذلك أن الاستيلاء المفيد للملك نوعان: حقيقى وحكمى. فالحقيقى: يكون يوضع اليد فعلا أو بالقوة كالأشجار المباحة تقطعها، والأثمار فيها تجنيها، والماء تملأ منه إناءك، والصيد تمسكه بيدك، فتملك كل ذلك للاستيلاء عليه استيلاء حقيقيا. وكذلك إذا قصدت إلى الشجرة المباحة أو إلى ثمرتها أو إلى الكلا أو إلى صيد قد وقع فى حفرة وصرت قريبا من هؤلاء بحيث لو مددت يدك إليه لأخذته فإنك تملكه لأنك قد استوليت عليه ووضعت يدك عليه بالقوة.

أما الاستيلاء الحكمى فإنه يكون باستعمال الآلات وتهيئة المباح لأن توضع اليد عليه فعلا أو بالقوة: كتجمع ماء المطر فى طست وضع على الأرض لذلك، أو فى حفرة حفرت لهذا الغرض، وكتعلق صيد فى شبكة نصبت، أو رمية بمقذوف خرج به عن امتناعه وتأبده.

(١) البدائع ج ٦ ص ١٩٣ و ١٩٤ وخانية ج ٥ ص ٤١٨.

(٢) هندية ج ٥ ص ١٤٧.

وترتب الملك على الاستيلاء الحقيقي لا يحتاج إلى نية وقصد، فهو سبب فعلى لا يشترط في ترتب أثره عليه نية التملك، ولذا يعتبر من كل من يصدر منه ولو كان غير أهل للالتزام والإرادة كالمجنون والصغير الذي لا يميز. فإذا تناول أحدهما مالا مباحا تملكه يتناوله؛ لأن النية في هذا النوع من الاستيلاء ليست شرطاً.

أما الاستيلاء الحكمي فلا تترتب عليه الملكية إلا إذا قصد به الإحراز، فإن لم يقصد به الإحراز لم تترتب عليه ملكية، وذلك كما يرى في ماء تجمع في طست تحت قبة السماء لا لهذا الغرض، وفي حيوان التجأ إلى أرض شخص أو دار إنسان كما في الفتاوى الخيرية.

ورأى مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣) كراى الحنفية في الاستيلاء الحقيقي، وللشافعي وأحمد روايتان في الاستيلاء الحكمي إحداهما أنه كالحقيقي، والأخرى كراى الحنفية.

فقد جاء فيما روى عنهما أن الاستيلاء الحكمي على الصيد إن كان بألة من الآلات التي تستعمل في العادة للصيد وتتخذ للاستيلاء عليه ترتب عليه الملك وإن لم يكن من المستولى نية التملك أو القصد إليه.

أما إذا تم الاستيلاء عليه بما لا يتخذ عادة لذلك لم يترتب عليه الملك على أصح القولين إلا إذا قصد به التملك فإن لم يقصد به التملك لم يملكه وإن صار به أحق من غيره عند الشافعي، وعلى هذا ففي الصيد يقع في أرض إنسان وصار مقدوراً عليه بسبب توحله أو انكسار عضو منه لم يملكه صاحب الأرض في الأصح عند الشافعية والحنابلة، إذ لا يقصد بالأرض الاصطياد، ولو وقع في شبكة، أعدت للصيد ملكه عندهم بمجرد وقوعه فيها لوجود القصد إلى الاصطياد^(٤).

(١) فتح الجليل جزء ١ ص ٥٨٥ وما بعدها.

(٢) نهاية المحتاج جزء ٨ ص ١١٧ وما بعدها.

(٣) جزء ٤ ص ١٢٨، ١٣٣ وما بعدها.

(٤) كشاف القناع جزء ٤ ص ١٣٣، ١٣٤، والمغنى جزء ١١ ص ٣٠، وقواعد ابن رجب ص ١٩٠، ونهاية المحتاج جزء ٥ ص ٣٢٦ وما بعدها - وجزء ٨ ص ١١٧، ١١٨.

أما الملكية^(١) فقد جاء فى منح الجليل جزء ١ ص ٥٨٦ ما يفيد أن الاستيلاء الحكمى كالاستيلاء الحقيقى فى عدم اشتراط القصد فى إفادته الملك على ما ذهب إليه ابن رشد.

أما على ما ذهب إليه آخرون فإن القصد شرط فى التملك كراى الحنفية، والرأى الأول رأى بعض الحنابلة ذكره ابن رجب فى قواعد ص ١٩٠. والاستيلاء الحكمى - كما ذكرنا - يكون باستعمال الآلات، غير أن هذه الآلات، إذا كانت للصيد كان اقتناؤها واتخاذها واستعمالها دليلا على نية الصيد عادة؛ ولذا لم يشترط فى ترتب الملكية على الاستيلاء بها القصد إلى الإحراز، وإنما الشرط ألا يكون قد استعملها لغرض آخر إذا ما تعلق بها صيد.

ومن ثم قال الحنفية : إذا وضع الصائد شبكة للتجفيف فتعلق بها صيد لم يملكه بمجرد تعلقه بها؛ ذلك لأن عمله قصد به شىء آخر خلاف الإحراز، ولا يملكه إلا إذا حضر إليها فأمسك الصيد أو كان بحيث لو مد يده إليه لأخذه لوجود الاستيلاء الحقيقى حينئذ، ولكنه إذا كان قد وضعها بقصد الإحراز ففر الصيد أو بلا قصد فتعلق بها صيد ملكه من وقت تعلقه بها، وإن كان هذا الملك غير مستقر لاحتمال زواله بانتقاض الاستيلاء وذلك بتخلص الصيد من الشبكة وفراره.

وإذا استعمل آلات ليست للصيد فلا يترتب على الاستيلاء بوساطتها التملك إلا إذا قصد من استعمالها إحراز الصيد. ولذا جاء فى المبسوط : لو تكسر صيد فى أرض إنسان فصار لا يستطيع براحا أو رمى صيدا فوقع فى أرض رجل ولا يدرى من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذى أخذه؛ لأنه قد أحزره بأخذه ولم يوجد من صاحب الأرض إحراز - وإن عجز الصيد عن الطيران بما أصابه؛ لأن المباح يملك بالإحراز^(٢).

وعلى ذلك مسألة الحفرة يتردى فيها صيد وقد سبقت ...

وجاء فى الهندية : إذا اتخذ النحل مكانا فى أرض رجل فعمل فيه، لم يملكه صاحب الأرض لعدم استيلائه عليه، ولكن يملك غسله لاستيلائه عليه

(١) فتح الجليل جزء ١ ص ٥٨٥.

(٢) المبسوط جزء ١١ ص ٢٥١.

استيلاء حكماً. ووجهة ذلك أن عادة أصحاب الأراضي والزراع قد جرت باتخاذ كوارات النحل فى أرضهم لطلب عسله، وشاع ذلك حتى صار العسل كأنه من ثمار الأرض ولأجله تطلب كما تطلب للزراع فأصبحت بذلك كأنها آلة لأخذ العسل، فإذا وجد فيها العسل ملكه صاحبها لتحقيق الاستيلاء الحكيم عليه ووجود النية حكماً وهو اتخاذ الأرض عادة لجنى العسل^(١).

الزيدية : ويرى الزيدية أن المباح يملك بالاستيلاء ولا يشترط فى ذلك نية التملك. ولذا يملك المجنون والصبي باستيلائه على المباح. فوقوع ماء المطر واجتماعه فى قسط وضع للحفظ فوق سطح لا يصير به الماء مملوكاً. وإذا أحرق شجرة فى بقعة من فلاة يريد احياءها ملكها بهذا الإحراق؛ لأنه استيلاء «صحبته عمارة الأرض» ومن البين أن مرجع ذلك إلى عرف جرى عليه أهل هذه الأرض ولكنه إذا امتدت النار وانتقلت بفعل الريح إلى قطعة أخرى فأحرقت شجرها لم يملكها - «الأزهار جزء ٣ ص ٣٢٣» وفيه أيضاً: لو سقى رجل أرضه فتوحل: ظبى وخرج عن امتناعه ملكه صاحب الأرض؛ لأنه يعد حائزاً له حينئذ ولوجود الفعل منه ولو كان ذلك نتيجة لتفكيره فالأقرب أنه للمالك الأرض لا لمن نفهه. ومثل ذلك فى الحكم الطير يدخل دار رجل لا يأخذها إلا بمحاولة ولا يمكنه أن يطير إلا فى الدار ولا يؤخذ إلا بمشقة فإنه يكون له، ولو كانت الأرض مستأجرة فالطير للمستأجر.

أهل الظاهر : وجاء فى المحلى لابن حزم أن كل من نصب فخاً أو حباله أو حفر زينة للصيد فكل ما وقع فى شيء من ذلك كان ملكاً له ولا يحل لأحد سواه، فإذا فعل ذلك لا بقصد أخذ الصيد فوقع فيها الصيد فأخذه آخر فهو لمن أخذه، ويملك كل ما استولى عليه من المباح مما قصد تملكه.

وإذا لم ينو التملك لم يملك ويبقى الصيد على حاله لكل حق تملكه بالاستيلاء عليه، وكذلك ما عشن فى شجرة أو جدار فى دار لا يكون ملكاً للمالك الشجرة أو الدار إلا أن يحدث له تملكاً - ويملك الصيد بتذكيته وبأن يقدر عليه قبل موته بأن يفقد به امتناعه وتأبده وقدرته على الفرار (ج ٦ ص ٤٦٦ مسألة ١٠٧٩، ١٠٨٠، ص ٤٦٣ ومسألة ١٠٧١، ١٠٧٤، ص ٤٦٤).

(١) هندية نقلاً عن الخانية ج ٥ ص ١٤٧.

ويرى الإباضية أن المال المباح يملك بالاستيلاء عليه باليد أو بوساطة آلة من الآلات كالشباك أو الحبال أو الحفر تحفر لذلك، فإن انفلت المتعلق في الشبكة أو خرج الواقع في الحفرة انتقض ملكه، وما أخذ باليد ففر بعد ذلك لم يكن لغيره أن يملكه بأخذ، وعليه أن يردّه إذا أخذه. وكذلك يملكه صاحب البيت إذا دخله حيوان فأغلق بابه عليه ولا يكون لغيره أن يملكه بعد ذلك، فإن لم يغلق الباب عليه لم يملكه، ولا ينتقض ملك ما يسقط من شبكة الصيد أو من وعائه بعد إمساكه، بخلاف شبكة الأرض إذا انفلت فيها قبل إمساك الصائد له. وإذا نفر السمك فوقعت سمكة في سفينة سائرة فهي لأخذها، وقيل هي لصاحب السفينة لأن السفينة قد حبستها ولا تطيق الخروج منها لفراقها الماء، وإن أطاقت الخروج بالوثوب فهي لمن أخذها^(١).

الشعبة الجعفرية : يملك المباح بالاستيلاء عليه : فيملك الصيد إذا أخذ باليد وبآلة من آلات الصيد كالحبال والشبكة والشرك، ويملكه الناصب لذلك. فإن أخذه غيره كان عليه أن يردّه لصاحب الآلة، وإن انفلت من الآلة قبل أخذه منها لم يملكه صاحبها وعاد إلى حاله، وكذلك إذا انفلت الصيد من الشبكة وسار بها فإن صاده آخر ملكه ورد الشبكة، ولو مشى بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها لأنها أزال امتناعه، ولو انفلت بعد إثباته لم يخرج عن ملك مالكه كما إذا أمسكه الصائد بيده ثم انفلت منه ولو أطلقه من يده لم يخرج عن ملكه، ولو نوى بإطلاقه تركه راغبا عنه فالأقرب أنه لا يمكن لغيره أن يملكه ولا يخرج عن ملكه. ولو دخل دارا فأخذ صاحبها ملكه بأخذه لا بدخوله الدار. (تحرير الأحكام جزء ١ ص ١٥٧) وهم في هذه الأحكام لا يخالفون الحنفية.

وخلاصة ما سبق أن الاستيلاء على المال المباح باعتباره سببا لتملكه يمتاز عن سائر التملك بثلاثة أمور :

الأول : أنه سبب منشئ للملكية بخلاف غيره من الأسباب الشرعية فإنها ناقلة لها لا منشئة، ولا خلاف في ذلك.

الثاني : أنه خاص بالأموال المباحة فلا يفيد ملكا في الأموال المملوكة عقارا كانت أم منقولة ولو طالّت مدة الحيازة فيها. وبناء على ذلك لا يملك مال مملوك

(١) شرح النيل ج ٣ ص ٥٧١، ص ٥٧٤، ص ٥٧٦.

بوضع اليد عليه وإن تقادم عهده، كما لا يسقط حق تركه صاحبه وإن طالت مدة الترك. وذلك خلافا لما جرى عليه التشريع الوضعي فإنه يجعل وضع اليد على المال المملوك مدة معينة تختلف باختلاف الأموال سببا من أسباب تملكه متى تحققت به حيازة هذا المال حيازة استأثر فيها بمنافعه وبالتصرف فيه، وبعبارة أخرى متى تحققت به حيازة هذا المال حيازة فعلية مقرونة بنية التملك له، كما جعل مضى مدة معينة على الحق مع ترك المطالبة به سببا مسقطا له، ويختلف مقدار المدة باختلاف الحقوق وما يلابسها. ولنا بصدد شرح هذا الموضوع، وإنما يكون تفصيل أحكامه في اكتساب الملك بمضى المدة وسقوط الدعوى بالحق لمضى المدة.

الثالث : أنه سبب فعلى، ولذا يعتبر من كل من يستطيع ولو كان غير أهل للالتزام بالقول، كالمجنون والصبي، كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

والمال المباح إما أن يكون منقولا أو عقارا : فإن كان منقولا كانت حيازته والاستيلاء عليه بوضع اليد وضعا حقيقيا، ويكون ذلك فى كل منقول كالصند والكلا والمعادن والأشجار إذا كانت على وجه الأرض - على تفصيل سبق وسيأتى عند الكلام على تملك كل نوع منه - وإن كان عقارا كانت حيازته والاستيلاء عليه بعمارته كما سيأتى عند الكلام على الأرض الموات. وقد ذكرنا أن الاستيلاء على الأموال المباحة المنقولة لا يشترط فيه القصد إلى التملك إذا كان حقيقيا، أما إذا كان حكيميا فقد ذكرنا فيما سبق اختلاف الفقهاء فى اشتراط القصد إليه.

المال المباح : المال المباح هو ما لا مالك له وهو عند الفقهاء إما منقول وإما عقار. أما عند رجال القانون فالمباح لا يكون إلا منقولا. أما العقار فهو مملوك فى جميع أوضاعه؛ لأنه إما أن يكون له مالك من الناس، وذلك إذا ما كان له اختصاص به يمكنه من التصرف فيه ومن استعماله واستغلاله، وإما أن يكون ملكا للدولة صاحبة السلطة والولاية عليه. وقد جاء ما يفيد ذلك فى القانون المصرى م ٨٤٧ / ١ مدنى، والسورى م ٨٣٢ مدنى، والليبي م ٨٧٧ / ١ مدنى. ولذا كان حكم الأراضى التى لا تزرع ولا ملك لأحد من الناس فيها من حيث تملك الناس لها يختلف عن حكم المنقول؛ إذ يكفى فيه مجرد الاستيلاء عليه كما تقدم. أما الأراضى فلا يمكن أن تملك به إلا بتوافر ما وضع لذلك من شروط وقيود تكفلت القوانين ببيانها كما سيأتى بيان ذلك.

وقد ذكرنا أن المال المباح يملك بالاستيلاء عليه في الشريعة الإسلامية، غير أنه إذا كان منقولاً اكتفى في الاستيلاء عليه بحيازته على الوضع الذي شرحناه فيما سبق. وإن كان عقاراً لم يكف في تملكه مجرد الاستيلاء عليه، بل يجب أن يأخذ الاستيلاء عليه مظهرًا تتغير به صورته، وذلك بعمارته على الوضع الذي سنشرحه فيما يأتي عند كلامنا على الأرض الموات.

وقد بينا أن المنقول يملك بالاستيلاء عليه سواء أكان ماء أم شجرة في فلاة أو حيواناً في صحراء أم طيراً في الجو أو كلاً في أرض أو نحو ذلك مما يكون للطير من بيض وفراخ، وللنحل من عسل متى تحقق الاستيلاء عليه بيد لم تسبقها يد أخرى على الوضع الذي شرحناه فيما سبق، وهذا المبدأ لم يخالف فيه القوانين المدنية. فالمادة ٧٨٠ مدني مصري تنص على أن من وضع يده على منقول لا مالك له بغية التملك - ملكه، وتطابقها المادة ٧٢٨ مدني سوري، والمادة ٧٨٤ مدني ليبي، ولا تختلف في ذلك المادة ١٠٩٨ مدني عراقي، غير أنها عبرت بالإحراز وذكرت أنه قد يكون حقيقياً وذلك بوضع اليد عليه حقيقة كحصد الكلاء والاحتطاب من أشجار الجبال، وقد يكون حكماً وذلك بتهيئة سبب إحرازه كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة للصيد.

وسواء في تملك المنقول المباح بالاستيلاء عليه أن يكون مباح الأصل كالطير في الهواء والحيوان في الصحراء والماء في الأنهار والبحار والأشجار في الفلوات أو صار مباحاً بتخلي ماله عنه. فقد نص في المادة ٧٧١ / ١ مدني مصري على أن المنقول يصبح لا مالك له إذا تخلى عنه ماله بقصد النزول عن ملكيته. وبهذا جاءت المادة ٨٢٩ / ١ مدني سوري والمادة ٨٧٥ / ١ مدني ليبي والمادة ١١٠٤ مدني عراقي، وعلى هذا أيضاً جرى التقنين اللبناني. ويستفاد من ذلك أن حق الملكية مما يصح إسقاطه في نظر التشريع الوضعي إذا كان متعلقاً بعقار، بينما يرى أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتفقوا على هذا الرأي وكان لهم في إسقاط الملك في المنقول أو في العقار التفصيل الآتي :

(١) اختلف رأي الحنفية فيه : فمنهم من ذهب إلى أن الملك من الحقوق التي تقبل الإسقاط فإذا ترك إنسان ماله اختياراً راغباً عنه زال ملكه عنه وصار مباحاً يملكه من تسبق إليه يده بعد ذلك، ومنهم من ذهب إلى أنه لا يقبل الإسقاط

وأن الملك لا يزول بإسقاطه ولا بترك المالك ما يملكه رغبة عنه، غير أن من يأخذه من الناس في هذه الحالة يجوز له أن ينتفع به انتفاع العارية، إلى أن يسترده مالكة منه كما في الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيب ج ٢ ص ١٠٥، وفي البزائية أن هذا القول هو المختار وهو المتفق مع قواعد الحنفية. ولعل مبنى ذلك أن انتفاع شخص بملك غيره أساسه مراعاة حق غيره، وأن ذلك يحول دون انتفاعه ومزاويلته حقوقه فيه، وفي تركه لملكه وإطراحه إعلان بأنه ليس في حاجة إليه وليس من جهته ما يحول دون انتفاع غيره فكان ذلك في معنى إباحة الانتفاع لغيره.

وذكر بعض الحنفية أن محل هذا الخلاف إذا لم يبين مالك الشيء عند تركه إياه أنه قد تركه ليأخذه أو ليملكه من يشاء فإن بين ذلك بعبارة صدرت منه لم يزل ملكه عنه بذلك الترك قولاً واحداً وله أن يسترده «حموى».

ومن الفقهاء من يرى في هذه الحال أن ملك المالك يبقى إلى أن يتناوله شخص آخر فإذا تناوله شخص آخر كان مالكا له لا بالاستيلاء عليه بل بتمليك مالكة إياه، ولهذا قال الفقيه أبو الليث : إذا قال المالك عند تركه لما يملكه : من شاء فليأخذه، وكان ذلك خطاباً لقوم معينين فهو لمن أخذه منهم، وإن لم يكن ذلك خطاباً لقوم معينين أو لم يقل شيئاً عند الترك لم يزل ملكه عنه وكان له أن يأخذه إذا وجده وأن يسترده ممن أخذه.

وعلى القول بعدم قبول الملك للإسقاط قيل : « من سيب دابته لعله فأخذها من عاجلها لم تزل على ملك مالكها، ومن أرسل طيراً في الهواء فهو له حتى إذا صاده إنسان آخر لم يملكه وكان لصاحبه الذي سيبه أن يأخذه قهراً ».

(٢) وذهب الشافعي وأحمد إلى أن ترك المالك ما يملكه من الأموال لا يخرج عنه ملكه على أصح القولين؛ لأن رفع اليد عن المال لا يقتضى زوال ملك مالكة عنه، كما لو سيب دابته؛ ولذا فإن المالك يتبع ملكه أنى وجده وعلى أخذه أن يرده لصاحبه إن عرفه. وإذا أباح المالك ملكه لغيره فتركه له لم يخرج أيضاً عن ملكه باستيلاء من أبيع له عليه، ولكن يحل له الانتفاع به ولو باستهلاكه دون أن تضمن قيمته وذلك لتسليط المالك له عليه.

وقيل : إذا ترك المالك ما يملك زال ملكه عنه؛ لأنه في المعنى كإعتاق العبد، وفي كشف القناع : من أرسل صيداً أو بعيراً لم يزل ملكه عنه بإرساله سواء أذكر عند إرساله ما يفيد أنه تركه أم لم يذكر ذلك؛ وهذا بخلاف كسرة من الخبز أعرض

عنها أو شيء حقير تافه تركه، إذ يملكه من يأخذه لأنه مما لا تتبعه همة أوساط الناس عادة - وروى أن الملك يزول بترك صاحبه ما يملك ونبذه مطلقاً فيملكه أخذه «الفروع ج ٢ ص ٨٤٩».

(٣) ويرى مالك : أن الملك إذا كان مبتدأ بسبب الاستيلاء أو الإحياء بالنسبة إلى الأرض الموات زال بتركه أو يزول الاستيلاء عليه فيعود المملوك إلى الحال التي كان عليها قبل تملكه وهي الإباحة : سواء أكان ذلك نتيجة لفراره أو انفلاته من صاحبه وفراره. أو نتيجة ترك صاحبه إياه أو اطراحه رغبة عنه. فإذا كان أرضاً أحيها زال ملكه عنها بزوال الإحياء - وإذا كان الملك نتيجة لسبب آخر غير فعلى بأن كان قولياً لم يقبل زوالاً كشرء أو إرث فلا يزول حينئذ بترك المملوك أو إطراحه. كما تقدم ذلك عند الكلام على خصائص الملكية. ومبنى ذلك التفرقة بين الملكين : فالنوع الأول أضعف من النوع الأخير، وفي ترك المملوك من النوع الأول رد له إلى ما كان عليه بخلاف النوع الثاني.

ويرى الزيدية : أن الملك يسقط بالإسقاط، فإذا ترك الإنسان ما يملكه عقاراً كان أم منقولاً رغبة عنه زال عنه ملكه وصار مباحاً يملك بالاستيلاء عليه «الأزهار ج ٢ ص ٣٢٣» ومبنى ذلك أن الملك حق من الحقوق المكتسبة والشأن فيها أنها تسقط بإسقاط صاحبها، إذ لا يجبر مالك على الاحتفاظ بملكه.

وعلى الجملة ففقهاء الشريعة لا يفرقون بين ملك العقار وملك المنقول في قبول الإسقاط أو عدم قبوله. بينما نرى أن التشريع الوضعي على خلاف ذلك كما ذكرنا، فالعقار في نظره مملوك دائماً والمنقول في نظره نوعان :

منقول كان مملوكاً ثم صار بغير مالك بناء على تركه وإسقاط ملكيته على ما شرحنا، وذلك يملك بالاستيلاء عليه بعد زوال الملك عنه بالترك في نظر القانون الوضعي، وفي نظر من ذهب إلى زوال الملك عنه بذلك من فقهاء الشريعة.

ومنقول لم يملك وهو ما ترك على طبيعته لانتفاع الناس به جميعاً : كالماء والهواء والطير في الأجواء. وهذا النوع يملك بالاستيلاء عليه وإحرازه. وفي هذا المعنى جاءت المادة (١٠٩٩) عراقى ونصها : الماء والكأ والنار مباحة والناس في هذه الثلاثة شركاء، فيجوز لهم الانتفاع بها وإحراز الماء والكأ - بشرط عدم

الضرر - وذلك مستمد من حديث أبى خراش عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ وهو : «المسلمون شركاء فى ثلاثة : فى الماء والكلاء^(١) والنار» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه «وثمنه حرام».

والحديث بعمومه يدل على أنه لا فرق بين المحرز من ذلك وغير المحرز، غير أن الإجماع انعقد على أن المحرز من ذلك يملكه من أحرزه بإحرازه. فكان هذا مخصصا للحديث. ومن هذا استمد الحكم المنصوص عليه فى نهاية هذه الفقرة من المادة المذكورة - وهو جواز الإحراز فى هذه الأشياء بشرط عدم الضرر - وهذا الشرط مما تقضى به أصول الشريعة العامة. وقد جاءت الفقرة الثانية من هذه المادة بحكم خاص بالكلاء النابت فى الأرض المملوكة وهو إباحته - وبه أخذ الحنفية - وخالف فى ذلك بعض المالكية. إذ رأوا أن وجوده فى أرض مملوكة يعتبر إحرازاً له بإحراز مكانه فيصير بذلك مملوكاً للمالك الأرض.

والحنفية لا يرونه مملوكاً للمالك أرضه إلا إذا قام مالكها على إنباته.

واختلف الفقهاء فى قيامه على سقيه ورعايته أيعد إحرازاً به يملك أم لا يعد؟ أما القانون المصرى فيعد الكلاء فى الأرض المملوكة ملكاً لصاحبها تطبيقاً للقواعد العامة، كما يعد الماء فى المروى الخاص التى حفرها شخص لرى أرضه ملكاً له لإحرازه إياه بإحرازها، وهو رأى لبعض المالكية خلافاً للحنفية؛ إذ لا يرون وجود الماء فى المروى الخاصة ولا فى الآبار التى تحفر فى الأرض المملوكة أو فى الصحراء ملكاً للحافر؛ إذ لم تجر العادة باتخاذ ذلك وسيلة لإحراز الماء، وإنما اتخذ وسيلة لجريانه إلى حيث يتتفع به. وإنما يعد محرزاً بوضعه فى الأوانى والخزانات ونحوها. وقد نظمت قوانين الرى والصرف فى البلاد العربية طريقة الانتفاع بمياه الأنهار والترع والمروى العامة والخاصة - أما فى الشريعة الإسلامية فقد جعلت المياه فيها بالنظر إلى تملكها أربعة أنواع وذلك فيما ذهب إليه الحنفية :

الأول : الماء الذى يكون فى الأوانى والظروف المملوكة. وهذا النوع يعد ملكاً للمالك ظرفه لاحق لأحد فيه؛ لأنه قد يملكه بالاستيلاء عليه. ولذا يجوز له بيعه ولا يحل لأحد أن يأخذ منه لحاجته من غير إذن مالكة ما دام لا يخاف الهلاك

(١) الكلاء : هو الحشيش الذى ينبت من غير إنبات أحد ويعد مالا مباحا. وإن كان فى أرض مملوكة إذا لم يقم صاحبها على رعايته وسقيه فلكل شخص أن يأخذ منه حاجته، والمراد بالنار ضوءها فللناس جميعا أن يستضيئوا به لا جمرها لأنه مملوك لصاحبه.

على نفسه من العطش، فإن خاف الهلاك من العطش فطلبه من مالكة فمنعه كان له ذلك إذا لم يكن عنده فضل، فإن كان عنده فضل جاز لطالبه أن يقاتله ليأخذ الفضل منه ولكن بما دون السلاح.

الثاني: الماء الذى يكون فى الحياض والآبار والعيون ولا يعد ملكا لصاحبها لوجوده فيها بل يعد مباحا فى نفسه سواء أكان فى أرض مباحة أم مملوكة، ولكن يكون لصاحبها حق خصاص فيه فيكون أولى من غيره، وليس له أن يمنع الناس من الشرب منه بأنفسهم ولا من سقى دوابهم لأنه مباح لهم. فأما الزرع والأشجار فله أن يمنع من سقيها لما فى سقيها من إبطال حقه أصلا، غير أنه إذا كان الماء فى أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم من الدخول فى أرضه إذا لم يضطروا إليه بأن وجدوا غيره لأن دخولهم ضرر، له أن يدفعه عن نفسه، فإن لم يجدوا غيره واضطروا قيل له: إما أن تأذنهم بالدخول ليأخذوا حاجتهم من الماء، وإما أن تأتى به إليهم وتعطيهم إياه، فإن لم يعطهم وأصر على منعهم من الدخول جاز مقاتلته بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك. والأصل فيه ما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلهم عليه فأبوا، فسألوهم أن يعطوهم منه فأبوا، ففسألوا لهم: إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع، فأبوا، فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال: هلا وضعت فيهم السلاح. وهذا بخلاف الماء المحرز فى الأواني حالة الخمصة، لأنه مملوك لصاحبه فكان لابد من مراعاة حرمة الملك فلا يؤخذ بالسلاح.

الثالث: الماء الذى يكون فى الأنهار المملوكة لأقوام مخصوصين وهو لا يعد فيها ملكا لأحد، ولا يجوز بيعه لعدم الملك، ولا تجوز فيه المبادلة على أن يستقى منه فى يوم نظير الاستقاء فى يوم آخر من نهر آخر؛ لأن ذلك إما بيع الماء بالماء أو إجارة الشرب بالشرب وذلك غير جائز؛ إذ الإجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين. ولذا لو استأجر حوضا أو بئرا ليستقى منه لم يجز، وليس لأصحاب هذه الأنهار الخاصة أن يمنعوا الناس من أن يشربوا بأنفسهم أو يسقوا دوابهم، ولكن لهم أن يمنعوا من سقى الزرع والأشجار.

الرابع : ماء الأنهار العظيمة ولاملك لأحد فى مائها ولا فى رقبته، وليس لأحد حق خاص فيها بل هى لعامة المسلمين، لكل واحد أن ينتفع بها الانتفاع الذى لا يضر بغيره فكان الناس فيها على السواء. وذهب الحنابلة : إلى أن الماء إذا سيق من نهر غير مملوك إلى مجرى مملوك كان ملكا للمالك المجرى؛ لحيازته بسبب حيازة مكانه - ولكن إذا ظهر الماء بأرض مملوكة بسبب حفر بئر مثلا أو تفجير عين لا يكون ملكا للمالك الأرض، ولكن يكون أحق به من غيره فى الانتفاع به يأخذ منه حاجته أولا، فإذا اكتفى لم يجز له أن يمنع غيره^(١) ومثل هذا فى الحكم كلاً الأرض المملوكة ومعادنها السائلة كالبترو^(٢).

ويرى كثير من المالكية : أن الماء فى المجارى وفى الآبار التى تحفر وفى العيون التى تفجر يكون ملكا للمالك الأرض التى وجد فيها لتبعية لمعينه وحيازته بحيازته.

وحكم الكلاً كحكم الماء فهو مملوك للمالك الأرض عند الحنفية إذا كان هو الذى زرعه أو قام عليه بالرعاية والسقى، ويكون مباحا إذا نبت من تلقاء نفسه ثم لم يقم صاحب الأرض عليه، وعند ذلك لا يملك إلا بإحرازه. ومن الحنفية من يرى أن القيام على سقيه لا يعد إحرازاً له.

وتعد الحيوانات غير المستأنسة الطليقة غير مملوكة لأحد م ٨٧١ / ٢ مدنى مصرى، وم ٨٢٩ / ٢ مدنى سورى، وم ٨٧٥ / ٢ مدنى لیبى. وذلك متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية - ومثل هذه الحيوانات فى الحكم، السمك فى البحر والحيوان المتأبد فى البر. وتنص المادة ٨٣٧ مدنى مصرى على أن صيد البر والبحر تنظمه لوائح خاصة، وفى هذا جاءت المادة ٨٣١ مدنى سورى، والمادة ١١٠٣ مدنى عراقى، والمادة ٨٧٧ مدنى لیبى.

وقد أورد القانون المدنى العراقى أحكاماً خاصة بالأشجار والأحطاب والأحجار التى تقطع من الجبال والمراعى وذلك فى المادة ١١٠٠ التى تنص على : أنه يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة - إذا لم تكن من المحاطب المختصة من قديم والقبسات - أشجاراً وأحطاباً وغير ذلك من المواد التى يحتاج إليها فى البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته.

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٤١٥.

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٤٠ وما بعدها.

وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعى المختصة - من قديم- بأهل القرى والقصبات، فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيه مواشيهم، وأن ينتفعوا بنباته من غير أن يؤدوا شيئاً من الرسوم، ويجوز لغير أهل القرية إن لم يكن مضراً بأهلها أن يرعوا مواشيهم فى هذا المرعى وأن ينتفعوا بنباته وفق ما يجيزه القانون.

ومن هذا نتبين أن أحكام تملك هذا النوع من الأموال بالاستيلاء فى القوانين العربية والتشريع الإسلامى على العموم لا يكاد يوجد خلاف فيها إلا فى التطبيق فقط دون الأصول العامة.

وينبغى أن نشير فى هذا المقام إلى ما يوجد من فرق بين الأموال التى يتركها مالكةا رغبة عنها والأموال الضائعة : فالأولى أموال أراد المالك أن يسقط ملكيتها ويتخلى عنها لتصير غير مملوكة لأحد؛ ولذا يجوز لأى إنسان أن يستولى عليها دون حرج فيتملكها بذلك - أما الثانية فأموال لم يتخل مالكةا عنها ولم يزل مستمسكاً بملكه إياها، وإنما جهل مكانها إذ ضلت عنه أو سقطت منه ولذا تظل على ملكه . فإذا عثر عليها إنسان وجب عليه أن يردها إلى مالكةا وهى ما تعرف باللقطة، وذلك هو الحكم فى الشرعين الإسلامى والوضعى . وستزيد ذلك تفصيلاً عند كلامنا على الحياة.

ولما كانت صورة الاستيلاء الكاسب للملكية تختلف باختلاف صور الأموال المباحة فكان له وضعه وشروطه فى الصيد، ووضعه فى المعادن والكنوز، ووضعه فى الأرض الموات - اقتضى ذلك أفراد كل نوع من هذه الأنواع بذكر ما يختص به من الأحوال والشروط.

الصيد :

الصيد هو اقتناص الحيوان غير المستأنس وأخذه بحيلة ودقة نظر . ويطلق أيضاً هذا الاسم على كل حيوان يمتنع على الإنسان بالفرار كالأسد والغزال والأرانب وغيرها من كل حيوان معتصم بالغابات، أو متأبد «متوحش» معتصم بقوته وفراره، أو يعتصم بالطيران فى الهواء أو بالسباحة والغوص فى الماء .

وهذه الأنواع من الحيوان تعد من الأموال المباحة لكل إنسان أن يمتلكها بالاستيلاء عليها قبل غيره، فإذا حازها ملكها ولم يكن لغيره أن يملكها بعد ذلك إلا بسبب ناقل للملكيتها : سواء بقيت في يده أم انطلقت إلى حيث كانت على ما أشرنا إليه من تفصيل في ذلك وخلاف بين الفقهاء فيما سبق . وقد نص في القانون المصري م ٨٧١ / ٢ على أن الحيوانات غير الأليفة تعتبر لا مالك لها مادامت طليقة - وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه ماله فوراً أو إذا كف عن تتبعه، وأن ماروض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له فيملك بصيده، وبذلك جاءت الفقرة الثانية من المادة ٨٢٨ مدنى سورى ومادة ٨٧٥ / ٢ مدنى لى.

وأخذ الصيد يترتب عليه أثران :

أولهما : تملكه لتحقيق الاستيلاء عليه بذلك وهو سبب لتملك المباح .

ثانيهما : حل أكله إن كان مما يحل أكله متى توافرت شروط ذلك، ولسنا بصدد بيان الأثر الثانى وهو حل أكله، ولذا نقصر بياننا على الأثر الأول وهو الملك .

وقد أجل الله الصيد لعباده إلا فى حالتين :

الأولى : أن يكون الصائد مُحَرَّمًا .

الثانية : أن يكون الصيد فى الحرم، وهو دائرة محدودة تحيط بالكعبة على مسافات مختلفة عنى الفقه ببيانها . فإذا دخلها الحيوان كان آمناً قال تعالى فى سورة المائدة : ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلَى الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حَرَمٌ﴾ وقال : ﴿ وَإِذَا حُلِلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ وقال : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلْغِيَارَةِ وَحَرَمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرَمًا ﴾ - ولذا لا يملك المحرم ما يصيده لأن اعتدائه على الصيد حرام فلا يؤدى إلى الملك، وكذلك لا يملك الحلال صيد الحرم لنفس السبب .

وللصيد وسائل شتى فقد يكون بالكلاب المعلمة، وقد يكون بالشباك أو النبال وما فى حكمها من الآلات الرامية . وقد يكون بغير ذلك من الوسائل التى يؤخذ بها صيد البر أو البحر، وإنما يترتب عليه الملك عند الفقهاء إذا تم به الاستيلاء على الحيوان سواء أكان استيلاء حقيقياً أو حكماً .

والاستيلاء الحقيقي : يكون بإمساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو في المصيدة بحيث يمكن إمساكه باليد، وبه يتملك الصيد ملكا مستقرا لا يزول بانفلاته أو بتسيبه على ما بينا فيما سبق.

-وقال الزيدية : إذا صاد حيوانا ثم عاد إلى ما كان عليه من التأبد لم يزل ملكه عنه (الأزهار ج ٣ ص ٣٢٣).

والاستيلاء الحكمي يتم بوساطة آلات الصيد وحدها بشرط أن يصير به الصيد غير ممتنع وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية. ويتحقق ذلك بإمكان أخذه والقبض عليه دون معاناة أو استعمال وسائل من وسائل الصيد عند الاقتراب منه. وعلى الجملة يتحقق الاستيلاء الحكمي بتهيئة الصيد لأن يستولى عليه استيلاء حقيقيا.

وبهذا النوع من الاستيلاء يتملك الصائد الصيد بشرطين عند الحنفية :

الأول : ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل إمساكه، وإن شئت قلت ألا انفلت الصيد قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقيا. فإذا نصب إنسان شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك الاستيلاء بشرط ألا ينتقض قبل استقراره. ويستقر إذا جاء صاحبه فأمسكه أو اقترب منه بحيث لو مد يده إلى الصيد لأخذه. فإذا انفلت بعد ذلك بعلاج الشبكة ونحوه ففر لم ينتقض ملكه، ولكن إذا عالج الصيد الشبكة حتى انفلت منها وفر قبل حضور الصائد فإنه لا يصير مملوكا بذلك.

الثاني : ألا تكون آلة الصيد حين تعلق بها الحيوان قد وضعت لغرض آخر غير الصيد، وذلك بأن تكون قد وضعت بقصد الصيد أو بلا قصد، فإذا تعلق بها حيوان في هذه الحال ملكه الصائد بذلك، مع مراعاة الشرط الأول للاستيلاء عليه حينئذ حتى لو وضعها كذلك ثم توفى بعد وضعها فتعلق بها الصيد بعد وفاته كان من تركته. أما إذا وضعها لغرض آخر كالشبكة يضعها لتجفيفها فيتعلق بها الصيد فإنه لا يملكها منذ تعلق بها وإنما يملكه إذا حضر إليه فأمسكه أو حضر إليه وكان قريبا منه قادرا على إمساكه بيده فلو أخذه رجل قبل حضوره فإنه يملكه بذلك لاستيلائه على مباح لما يصير مملوكا.

وإذا كانت الآلة لا تستعمل للصيد فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها إلا إذا كان قد وضعها بقصد الصيد وتوافر الشرط الأول وإلا لم يملكه إلا بعد أن يحضر إليه فيقترب منه حتى لو أراد أن يمسه بيده لأمسه. فالفرق بين آلة الصيد وغيرها أنه يشترط نية الصيد فيما لا يستعمل للصيد عادة. ويشترط في آلة الصيد ألا ينوى باستعمالها غرضا آخر غير الصيد.

وبناء على ذلك فرع فقهاء الحنفية كثيرا من المسائل نذكر منها المسائل الآتية للبيان والتوضيح :

أ - إذا أقيمت في أرض أبراج لإيواء الحمام فأوى إليها الحمام فما كان منه مباحا لم يسبق أن ملكه أحد يتملكه صاحب البرج بإيوائه إليه، متى كان منه قريبا بحيث يستطيع إغلاقه عليه؛ لأنه بذلك يعد مستوليا عليه لاستقراره في مكان أعد لصيده. أما ما يأوى إليه من حمام الناس فلا يملكه بأية حال. ويلاحظ أن فراخ الحمام وبيضه يكونان ملكا لصاحب البرج على أية حال لأن وجودهما في البرج المعد لذلك يعد استيلاء عليهما.

ب - إذا وضع إنسان كوارات للنحل في أرضه فاحتلها النحل فإنه يصير ملكا لصاحب الكوارات لاستقراره في مكان أعد لصيده. إذ إن ذلك هي عادة النحل وطبيعته، وبذا يصير ما يخزنه فيها من عسل ملكا أيضا لصاحب الكوارات. فإذا هاجمه إنسان فانتقل بفعله إلى كوارات شخص آخر لم يزل بذلك ملك صاحب الكوارات الأولى. وإذا اتخذ النحل في أرض شخص مكانا لم يعد له من قبل فلا يملكه صاحب الأرض بحلوله فيه؛ لأنه استقر في مكان لم يعد لصيده فلا يعد استيلاء عليه. ولكن يملك ما يخزنه فيه من عسل لوجوده في مكان مملوك على وجه لا يزايله.

ج - لرجل مجرى ماء خاص في أرضه متصل بالنهر فلما ساق الماء إليه انتقل إليه كثير من السمك، فإذا كان السمك بحيث ينال باليد من غير صيد كان ملكا لصاحب المجرى، إذ يعتبر بوجوده في هذا المجرى على هذا الوضع محرزا فيملكه بالاستيلاء عليه، وإن كان بحيث لا ينال إلا بصيده بشبكة أو نحوها لم يملكه صاحب المجرى، وكان لغيره أن يصيده إذا كان المجرى طويلا أو متسعا كثير

الماء، غير أنه إذا أقيم على جزء منه سد احتجز به بعض السمك اعتبر ذلك استيلاء على ما بعد هذا السد فيملكه بذلك كما في فتح القدير؛ لأن هذا الجزء المحجوز بالسد يعتبر كالحظيرة أعدت لصيد السمك، وإذا صرف صاحب المجرى الماء عنه بطريقة بقى السمك معها فيه فإنه يملكه بهذا العمل لاستيلائه عليه به. وذهب بعض المالكية إلى أن سمك البحيرات المملوكة ملك لأصحابها، كما أن ماء الآبار المملوكة ملك لأربابها. (فتح الجليل ج ٤ ص ٣٢).

وذهب آخرون إلى أنه لا يعد مملوكا ولكن لهم فيه حق الأولوية في أخذه عند الحاجة إليه.

د - وإذا صاد إنسان سمكا فانفلت منه قبل أن تصل إليه يده لم يملكه في هذه الحال لانتقاض استيلائه الحكمي، ولكن إذا انفلت منه بعد أن أمسكه بيده أو بعد وضعه على الشاطئ فإنه يملكه ولا يزول ملكه عنه بانفلاته ورجوعه إلى الماء لحصول ذلك بعد الاستيلاء الحقيقي. ويرى مالك أن الصيد إذا توحش بعد حوزة والحمام بعد إيوائه والنحل بعد ضمه إلى جبيهه^(١)، والسمكة إذا انفلتت فعادت إلى النهر بعد أخذها زال الملك عنها في هذه الأحوال كلها (الفروق ج ١ ص ٢٠٥).

هـ - إذا دخل ظبي دار إنسان لم يملكه بمجرد دخوله لعدم تحقق الإحراز بذلك، ولكن إذا أغلق الباب عليه لأجل إحرازه ملكه بذلك الإغلاق. فإن أغلقه لغرض آخر لم يملكه به، وإن سقط الصيد في حفرة فإن كانت للصيد ملكه بسقوطه فيها وإلا لم يملكه بذلك حتى لو حضر إنسان فأخذه منها ملكه ما لم يكن مالك الحفرة قد سبقه إليها وكان منها بحيث لو مد يده إليه لناله.

و - وإذا رمى إنسان صيدا فأصابه فإن أخرجه بذلك عن امتناعه ملكه وإن لم يمسكه فعلا حتى لا يكون لغيره أن يأخذه، وإن أخذه إنسان فذهب ضمه.

ز - إذا أرسل إنسان كلبه على غزال فاقتنصه ملكه بذلك حتى لو تركه الكلب بعد ذلك لم يزل ملكه عنه إذا صار غير قادر على الفرار بعد أخذ الكلب إياه، فإن فر انتقض الاستيلاء عليه وكان لغيره أن يصيده فيملكه بصيده.

(١) الجيج، مثلث : خلية النحل والجمع أجيج وأجاج.

ويرى الشافعية أن الصيد يملك بالإمساك باليد ولو كان المسك غير مكلف، ولكن إذا لم يكن مميزاً وأمسك الصيد بأمر غيره كان لمن أمره لأنه في هذه الحال يعد كالآلة، وإما يملك الصيد بالإمساك لأنه مباح فملك بوضع اليد عليه كسائر المباحات سواء أقصد المستولى عليه باستيلائه أن يملكه أم لا حتى لو أخذه لينظر إليه ملكه. وإلى هذا ذهب الحنابلة. وكذلك يملكه إذا استولى عليه بآلة كشبكة ونحوها حتى لو فر منها بعد لم يزل ملكه عنه. ومالا يحل صيده كصيد الحرم لا يملكه من يستولى عليه.

وكذلك يملك الصيد بجرح مذف أى مسرع به إلى التلف، كما يملك بوقوعه في شبكة نصبها الصائد ولو كانت لغيره معصوبة أو معارة. ويرى الحنابلة أنها إذا كانت مغصوبة كان الصيد للمالك الشبكة لا لغاصبها. فإن قدر على أن يتخلص منها لم يملكه ولو أخذه غيره منها ملكه من أخذه. وإذا ألجأ إنسان صيدا إلى مصيدة أو شبكة فوقع فيها ملكه صاحب الشبكة لا من طرده إليها إذا كانت منصوبة لغرض الصيد وإلا لم يملكه حتى يأخذه، وإذا انفلت منها عاد مباحا وإن أخذه منها آخر لم يملكه وهو لصاحب الشبكة. وإذا ذهب الصيد بالشبكة وكان قادرا على امتناعه مع ذلك فهو لمن يأخذه وإلا فهو لصاحب الشبكة. (نهاية المحتاج ج ٨ ص ١١٧ وما بعدها، كشف القناع ج ٤ ص ١٢٨).

ويرى المالكية : أن الصيد يملك بالاستيلاء عليه وإن تم ذلك تحت نظر شخص آخر. وفي حكم الاستيلاء كل فعل يذهب به امتناع الصيد وتأبده ككسر رجله، أو إغلاق حجرة عليه أو وقوعه في شبكة بغير طرد.

وإذا صاد إنسان صيدا فأرسله باختياره فصاده آخر ملكه اتفاقا. وإذا ند صيد من صائده بغير اختياره. فكذلك الحكم ما لم يستأنس عند الأول، فإن استأنس ثم ند ولم يتوحش بعد فهو للأول. وقيل إنه يكون للأول إذا استأنس سواء أتوحش أم لا. (منح الجليل ج ١ ص ٥٨٥).

وقد وضعت للصيد في بعض البلاد العربية لوائح خاصة فصلت أحكامه وبينت أحواله وشروطه على حسب ما تدعو إليه المصلحة العامة والدواعي الاجتماعية والاقتصادية في كل بلد من هذه البلاد. والحكم الأساسى فيها تملك الصيد بالاستيلاء عليه.

أحكام المعادن والكنوز

يستعمل بعض الفقهاء اسم الركاز في الدلالة على ما ركزه الله في المعادن من الأرض من الحديد والنحاس والفضة والذهب ونحو ذلك. وهو كما في القاموس : اسم جمع، واحده ركزة وهو فعال بمعنى مفعول أى مركزوز كالبساط بمعنى المبسوط. وفي القاموس : الركاز ما ركزه الله في المعادن «أى أحدثه» وهو أيضا دفن الجاهلية، والمعادن في هذه العبارة المحال جمع معدن وهى محال الفلز من الأرض. من عَدَنَ بالمكان إذا أقام فيه. ومن جنات عدن أى جنات الإقامة. وعلى ذلك كان اسم الركاز دالا على ما يحويه باطن الأرض من فلزات. كالذهب والفضة والنحاس مما يسمى فى عرفنا بالمعادن، وعلى ما يدفنه الإنسان فيها من الأموال وهو ما يعرف باسم الكنز. والفرق بين الفلز والكنز : أن الفلز اسم يوجد فى الأرض من جواهرها المعروفة كالذهب والفضة. والكنز اسم لدفن الإنسان فيها من المال.

وعلى ذلك كان الفلز اسما لما يعد جزءا من الأرض بحسب طبيعتها بخلاف الكنز فإنه دفين فيها لا جزء منها.

أنواع الفلزات : الفلزات ثلاثة أنواع :

- ١ - صلب قابل للطرق والسحب والانطباع بالنار : كالذهب والفضة والنحاس والحديد فتصنع منه الصفائح والأسلاك.
- ٢ - صلب لا يقبل الانطباع بالنار ويتفتت بالطرق كالماس والياقوت ونحوها.

٣ - سائل كالزئبق والبتروول.

أحكام الفلزات :

للمالكية فى حكمها ثلاثة أقوال : أشهرها أن ليس شىء من هذه الأنواع الثلاثة فى محالها «مناجمها - معادنها» من الأموال المباحة. ولذا لا يملكها من يستولى عليها، وإنما هى ملك للمسلمين بسبب استيلائهم على أرضها أو ولايتهم عليها فلا تعد تابعة لما توجد فيه من الأرض ولا تملك بامتلاك محالها؛ إذ ليس

لئلا تُمْلِكُ الأرض وتطلب عادة فكانت للمسلمين، أمرها إلى الإمام يستغلها في مصالحهم بعماله أو يقطعها لمن يشاء من المسلمين نظير مال يصرف في مصالحهم أو بالمجان إن رأى المصلحة في ذلك. وإذا أقطعها لم يجز له أن يقطعها تمليكاً وإنما يقطعها انتفاعاً إلى مدة معينة أو مدة حياة من أقطعه إياها؛ ولذا لا يجري فيها الميراث بل يرد الأمر فيها عند الوفاة إلى الإمام : لا فرق في ذلك بين ما يوجد في أرض مملوكة، وما يوجد في أرض غير مملوكة، ولا بين نوع ونوع.

والقول الثاني : أن الفلزات بجميع أنواعها ملك لصاحب الأرض إن وجدت في أرض مملوكة أو لأهل الأرض التي وجدت فيها إن وجدت في أرض مفتوحة جعلت وقفاً وأعطيت لمن رأى الإمام أن يستعملها لمصلحة المسلمين نظير خراج يدفعونه، فإن وجدت في فلاة أو جبل فهي ملك لمن وجدها واستخرجها. ومعنى هذا القول كما هو ظاهر - أنها أموال مباحة يملكها من يستولى عليها باستيلائه عليها مباشرة، أو باستيلائه على محالها من الأرض التي هي في حيازته.

والقول الثالث : أن ماسبق هو حكم ما عدا الذهب والفضة من الفلزات أما الذهب والفضة فهما للمسلمين أمرهما إلى الإمام على أية حال. ومعنى ذلك عند صاحب هذا الرأي هو المصلحة؛ إذ إنها تدعو إلى هذا الاستثناء لشدة الرغبة فيهما والتقاتل عليهما.

ولقد وجه صاحب الجليل القول الأول المشهور بأنه حكم اقتضته المصلحة؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس فإذا تركت لهم أفسدوا، ولأنها على العموم مدعاة إلى التحاسد والتقاتل فكانت لجماعة المسلمين؛ درءاً لهذه المفساد وجلباً لما يترتب على ذلك من مصالح.

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن هذه المعادن قد تعد مباحة وقد تكون مملوكة، فإذا وجدت في أرض مملوكة كانت تابعة لها وعدت جزءاً منها؛ لأنها وجدت معها ومعها خلقت. وعلى ذلك تكون ملكاً للمالك الأرض ملكاً خاصاً أو ملكاً عاماً على حسب اختلاف الأحوال. وإن كانت الأرض موقوفة كانت معادنها وقفاً تبعاً لها عند الحنفية فتصرف في مصالحها للمستحقين لريعها لأنها ليست بغلّة؛ وذلك بناء على ما استظهره ابن عابدين. واستثنى أحمد من هذا الحكم العام

فى روائية عنه : المعدن السائل لانه لا يعد جزءا من الارض لانه شبيه بالماء يستببط منها فلا يتبعها؛ ومن ثم لا يكون ملكا لصاحبها وإنما يعد مالا مباحا يكون صاحب الارض أولى به من غيره. وحكمه حكم الماء ينبع فى الارض فالناس فيه شركاء بعد أن يأخذ صاحب الارض حاجته منه.

وإذا وجدت فى أرض مباحة، أى أرض موات، كانت أموالها مباحة مثلها فتكون لمن وجدها بالاستيلاء عليها : سواء أكانت جامدة أم سائلة، فمن سبقت إليها يده فاستولى عليها ملكها.

ومما ينبغى ملاحظته مع هذا أن مالكا وأحمد يرون أنها إذا كانت لواجدها أو لصاحب أرضها ملكها كلها. ولا يجب عليه فيها إلا الزكاة فى بعض الحالات على ما فصل فى موضعه؛ أما أبو حنيفة فإنه يذهب إلى أن ما يوجد من المعادن الصلبة القابلة للانطباع والطرق يعد مشتركا، للمصالح العامة فيه الخمس والباقى لواجده أو لملك الأرض، وذلك بخلاف النوعين الأخيرين. إذ يكونان ملكا لواجدهما أو لملك أرضهما. وإنما وجب الخمس فى النوع الأول دون النوعين الأخيرين؛ لقوله عليه السلام : «وفى الركاز الخمس». وهو يشمل المعدن والكنز فوجب لذلك الخمس فيهما. غير أن المائع من المعادن يشبه الماء لسيولته فأعطى حكم الماء ولم يجب لذلك فيه خمس. وكذلك مالا ينطبع بالنار ولا يقبل الطرق، قيس على الحجر والتراب لشبههما به فى عدم الانطباع وفى التفتت بالطرق، وليس فى الحجر شيء فكان حكم هذا النوع حكم الحجر والتراب فى عدم وجوب الخمس، وكان الحديث مخصوصا بالقياس «الشلبى على الزيلعى ج ١ ص ٢٨٨».

أما ما تدره وترميه البحار من المعادن وغيرها : كالعنبر والمرجان واللؤلؤ، وكذا ما استخرج منها فإن أبا حنيفة يراه مالا مباحا يملك بالاستيلاء عليه ولا شيء فيه لبيت المال؛ إذ ليس قاع البحر تحت ولاية الإمام. والخمس إنما وجب فى معادن الأرض لأن الإمام يليها وله السلطان عليها. وإلى هذا ذهب مالك والشافعى وأحمد، وخالف أبو يوسف فأوجب فى ذلك الخمس وما بقى لواجده؛ وذلك لما روى عن عمر أنه كان يرى ذلك فيما يستخرج من العنبر من البحر. وكان هذا رأى عمر بن عبدالعزيز.

ذلك رأى الفقهاء فى المعادن . أما فى التشريع الوضعى فقد نظمت أحكامها وفصلت فى لوائح خاصة يرجع إليها عند الحاجة .

حكم الكنز :

الكنز فى نظر الفقهاء نوعان : إسلامى وجاهلى .

فالإسلامى ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن فى الأرض بعد ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى طريقة من الطرق . والجاهلى ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه قد دفن فى أرضه قبل ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى طريقة من الطرق .

فإن جهل حاله فقد اختلف رأى فيه : فمن الفقهاء من ذهب إلى اعتباره جاهلياً لأن أكثر ما يوجد من الكنز إنما هو لأهل الجاهلية، ومنهم من ذهب إلى اعتباره إسلامياً .

والكنز إذا كان إسلامياً لا يعد من الأموال المباحة بل من الأموال المملوكة؛ لأنه مملوك لصاحبه ملكاً محترماً لا يقبل السقوط بتقادم الزمن فلا يملكه من يعثر عليه، وإنما يعد لقطة له أحكام السلطنة من وجوب التعريف والبحث عن صاحبها لترد إليه، فإذا ينس من معرفته حفظت حتى يظهر أو تصدق بها على ما ذهب إليه الحنفية . وسيأتى لذلك زيادة بيان .

حكم الجاهلى : أما الجاهلى فقد اتفق الأئمة الأربعة على أن خمسته لبيت المال؛ لقوله ﷺ : «وفى الركاز الخمس» . واسم الركاز يشمل المعدن والكنز عند الحنفية، وعند الأئمة الثلاثة لا يراد به إلا الكنز .

وإنما وجب فيه الخمس لاعتباره من الغنائم؛ إذ إنه مال غلب عليه المسلمون وفيما غلب عليه المسلمون الخمس . غير أن الشافعى لا يرى إيجاب الخمس إلا فيما كان منه ذهباً أو فضة بشرط أن يبلغ نصاباً، فإذا لم يكن ذهباً ولا فضة أو كان منهما وليس منه ما يبلغ نصاباً فلا شىء فيه .

ويرى مالك لإيجاب الخمس فى الكنز ألا يحتاج فى استخراجهِ والحصول عليه إلى كثير من النفقة أو كثير من العمل، وإلا كان الواجب فيه ربع العشر فقط .

وما بقى بعد ذلك يعتبر مالا مباحا عند أحمد فيكون ملكا لوأجده : سواء أوجده فى أرض مملوكة له أو لغيره أم فى أرض غير مملوكة ؛ لأن الكنز ليس جزءا من الأرض فلا يملكه بامتلاكها ، وإنما لم يكن ملكا للقاتحين لعدم تمام إحرازهم إياه . وإلى هذا ذهب أبو يوسف وهو رواية عن مالك .

وذهب أبو حنيفة والشافعى ومالك فى رواية عنه إلى أن أربعة أخماسه يكون ملكا لوأجده بإحرازه إن وجده فى أرض مباحة كالصحراء والجبل ، أو فى أرض هى ملكه بسبب إحيائه إياها ، إذ إنه فى هذه الحال أول مستول عليه . ولكن إذا وجده فى أرض مملوكة لغيره أو مملوكة له بشراء - مثلا - فإن الأربعة الأقسام تكون ملكا لأول مختط لها ، وهو من أعطىها عند الفتح ، ولورثته من بعده إن عرفوا ، وهكذا عند أبى حنيفة ومحمد . فإن لم يكن لها مختط بأن ملكت لأول أمرها بالإحياء فإنها تكون لأول من أحيائها ولورثته من بعده إن عرفوا ، ذلك لأن من أعطىها عند الفتح ملكها وملك ما تحويه من الكنوز بإعطاء الإمام . وكذلك من أحيائها يملكها بالإحياء ويملك ما بباطنها كذلك من الكنوز الجاهلية تبعا لها ، ثم تنتقل ملكية هذه الكنوز إلى ورثته كل منهم بوفاته . وهكذا دون أن يمنع ذلك تصرف يحدث فى الأرض من مالها بالبيع ونحوه ؛ ذلك لأن العقود المالية إنما ترد على محالها فقط ، وهى الأرض هنا دون ما قد يكون مستودعا بباطنها من الكنوز فلا يشملها لذلك العقد ، ولا تنتقل به إلى المشتري ولا إلى الموهوب له ، وتبقى الكنوز متقلة بالوراثة فى ورثة أول مالك لها . ونظير هذا ما لو باع صائد سمكة صاها وفى جوفها جوهرة لا يعلمها فإن الصائد البائع يملك الجوهرة بالاستيلاء على السمكة ولا يشملها عقد البيع ؛ لأنه إنما ورد على السمكة لا على الجوهرة ؛ ولذا تكون الجوهرة لصائد السمكة إن وجدت .

فإن لم يعرف أحد من هؤلاء اختلف رأى الحنفية فقال بعضهم : تكون هذه الأقسام الأربعة لبيت المال لأنه مستودع أموال المسلمين التى لا يعرف لها وارث . وهذا ظاهر .

وقال آخرون : تكون لأقصى مالك معروف للأرض ؛ لأنه هو الذى يظن أنه أول مالك لها . فإن لم يوجد فلورثته .

وذهب أبو يوسف إلى أنها تكون لواجده؛ وذلك لأنه مال وغنيمة لم تصل إليه يد الفاتحين، وإنما وصلت إليه يد الواجد لا غير فكان غنيمة مختصة به فكان باقية بعد الخمس له.

وعلى هذا فمبنى رأى الحنفية أن الكنز : إما مال مملوك لمحارب فيملك بأخذه مع الأرض سواء أملكته عنوة أم بإحياء، وإما مال مملوك لمسلم أو ذمي فيكون حكمه حكم اللقطة.

ومذهب مالك لا يختلف في أساسه عن مذهب الحنفية، ولذا يرى أن الكنز إذا وجد في أرض استولى عليها المسلمون عنوة سواء أكانت مملوكة أم غير مملوكة كان ملكا لمن استولى عليها من الغزاة ثم لورثتهم من بعدهم إن عرفوا لا للواجد، فإن لم يعرفوا كان لعامة المسلمين. وإذا وجد في أرض لم تؤخذ عنوة كأرض اليمن فهو لمن وجدته لأنه أولى مستول عليه.

ونقل عن مالك أنه إذا وجد في أرض مملوكة لم تؤخذ عنوة كان لمن أحياءها لا لمن وجدته ثم لورثته من بعده؛ لأنه أول مستول عليه باستيلائه على الأرض. وإذا باعها لم يشملها البيع إذ لا يباع إلا ما ظهر منها.

وذهب الشافعي إلى أنه إذا وجد في شارع أو في مسجد فلقطة. وإن وجد في أرض مملوكة كان للمالكها إن ادعاه وطلبه ولا يخمس، ولكن تجرى عليه أحكام الزكاة، فإن تركه ولم يدعه كان لمن تلقى الملك عنه إذا ادعاه كذلك، وهكذا حتى إلى أول محي لها، فإن لم يكن محي لها في الإسلام بأن كانت من الغنائم كانت للفاتحين.

وفي المجموع : إذا وجد في أرض عرف مالكتها لم يملكه أحد بل يحفظ حتى يجيء مالكة فإن يش منه كان لبيت المال.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا وجد في موات أو في شارع أو في أرض لا يعلم مالكتها، أو في طريق غير مملوك أو في خربة أو في ملك من وجدته إذا كان منشأ ملكه الإحياء فهو لواجده في جميع هذه الصور. وكذلك إن وجد في أرض مملوكة سواء أكانت مملوكة بالإحياء أم بعقد من العقود أو بالميراث فهو للواجد أيضا إن لم يدعه مالك الأرض، فإن ادعاه فهو له إن أقام بينة أو حلف أنه له؛ لأن يده تعد شاهدة له على صحة ما ادعاه حينئذ^(١).

(١) كشف القناع ج ١ ص ٤٦٠.

ومن هذا يظهر أن مبنى رأى الخنابلة هو أنه مال مباح إلا إذا ادعاه مالك الأرض التى وجد فيها وأقام بينة على ذلك أو أقسم أنه له فيكون ملكا له .

ذلك هو رأى رجال الشريعة فى الكنوز . أما رأى رجال التشريع الوضعى فقد جاء فى القانون المدنى المصرى مادة ٨٧٢ ما نصه : الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته . والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته . ونص فى المادة ٨٧٣ على استثناء الأشياء الأثرية من هذا الحكم ووجوب تطبيق أحكام اللوائح الخاصة بها عليها .

وجاءت المادة ٨٧٦ مدنى لىبى مطابقة لنص هذه المادة مع زيادة فقرة ثالثة نصها : « وإذا عثر شخص بمحرد الصدفة على كنز فى مال مملوك للغير اقتسمه مع المالك مناصفة » وتعد استثناء من حكم المادة ٨٧٢ .

ونص المادة ٨٣٠ مدنى سورى على أن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون ثلاثة أخماسه لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز وخمسه لمكتشفه ، والخمس الأخير لحزينة الدولة مع مراعاة النصوص الواردة فى القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار .

ونص فى المادة (٨٣١) التالية على أن الحكم فى الآثار تبينه القوانين الخاصة بها .

وتنص المادة ١١٠١ مدنى عراقى على أن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار إن كانت الأرض مملوكة ، وللدولة إن كانت الأرض أميرية ، ولجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وقفاً صحيحاً .

وعلى هذا نرى أن التشريع المصرى يقضى بأن الكنز ملك لواجده إذا لم يستطع أحد أن يثبت ملكيته ووجد فى أرض مباحة لا مالك لها إلا الدولة مع مراعاة ما جاء فى اللوائح الخاصة بذلك ؛ لأنه حينئذ يكون مالا مباحا يملكه من وضع يده عليه بنية تملكه كما تقضى بذلك مادة ٨٧٠ مدنى مصرى ، أما إذا وجد فى أرض مملوكة فإنه يكون لمالك رقبة العقار الذى وجد فيه فإن وجد فى أرض

موقوفة كان ملكا خاصا للواقف ولورثته من بعده، ولم يفرق القانون بين كنز إسلامي وكنز جاهلي غير أنه استثنى من هذا الحكم ما يعد أثرا من الكنوز فأوجب فيه تطبيق أحكام لائحة الآثار.

ومن هذا البيان يتضح ما خالف فيه القانون أحكام الشريعة الإسلامية. وليس بين التشريع المصري والتشريع الليبي خلاف في ذلك إلا في الكنز الذي يعثر عليه شخص بمجرد الصدفة في أرض مملوكة للغير، فإن القانون الليبي جعله مناصفة بين واجده ومالك الأرض. أما القانون السوري فمع أنه لم يفرق في الحكم أيضا بين الكنز الإسلامي والكنز الجاهلي جعل الكنز الذي يوجد في أرض مباحة ولم يستطع أحد أن يثبت ملكيته له - ملكا لواجده طبقا للمادة ٨٢٨، والذي يوجد في أرض مملوكة يكون ثلاثة أخماسه للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز وخمسه لمكتشفه والخمس الآخر لخزينة الدولة. وذلك مع مراعاة النصوص الواردة في المناجم والآثار، أما القانون العراقي فقد خالف فيما يوجد من الكنوز في الأرض المملوكة فجعلها كلها للمالك الأرض فإن كانت أرضا للدولة كانت للدولة وإن كانت وقفا كانت لجهة الوقف لا للواقف ولا لورثته، معنى ذلك أنها تكون وقفا تبعا للأرض لاحقا للمستحقين يصرف لهم.

وخلاصة ما سبق أن القوانين الوضعية المطبقة في البلاد العربية لا تفرق في الحكم بين الكنز الإسلامي والجاهلي. ولعل مبنى ذلك هو تقادم الزمن وتعذر الوصول إلى معرفة من دفنه من المسلمين أو الذميين، وبني الحكم فيها تارة على أساس تبعية الأرض التي يوجد فيها لأنه كالجزم منها فيكون ملكا للمالك العقار الذي يوجد فيه. وهذا ما ذهب إليه التشريع المصري والليبي والعراقي مع فرق بسيط أشير إليه، وبني الحكم فيها تارة أخرى على أساس مراعاة مكانه واستيلاء واجده عليه، وذلك كما ذهب إليه التشريع السوري. وقد يكون لاختلاف الأعراف في البلاد العربية أثر في ذلك الاختلاف.

الأرض الموات وإحيائها

الأرض إذا كان يملكها مسلم أو ذمى وظل متمسكا بها، لم يملكها أحد إلا عن طريقه وذلك بسبب من أسباب نقل الملكية، غير أنه قد يسوء استغلالها فتزيد نفقاتها على غلاتها أو تتخرب لأى سبب من الأسباب فتصير سبخة أو تنتهى إلى حالة لا تنبت فيها ويعجز مالكيها عن إصلاحها وعمارتها فيتركها لذلك ويطول تركه إياها وينتهى الأمر فيها إلى نسيان مالكيها فتصبح وليس لها مالك معروف، وليس يعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة فى الإسلام فتركت وجهل مالكيها.

ومثال ذلك ما نعرفه الآن من بقايا وآثار المدن الإسلامية البائدة القديمة كالفسطاط، وقد يتركها مالكيها بسبب من الأسباب تركا ينتهى بها إلى صيرورتها سبخة لا ينتفع بزراعتها ولكنه يظل معروفا هو أو ورثته.

فإذا تركها مالكيها لداعية دعتهم إلى تركها وكان معروفا وكان تملكه لها بعقد من العقود لم يزل ملكه عنها بذلك الترك على الرغم من تخريبها ولم يجز أن يملكها أحد إلا عن طريقه.

وإن كان ملكه إياها بالإحياء فكذلك الحكم عند أبى حنيفة وأحمد والزيدية وإليه ذهب سحنون من المالكية إذ لا يسقط ملك بالترك. وقد قال عليه السلام : « من أحيأ أرضا ميتة ليست لأحد فهي له ». وذهب مالك إلى أنها تعود بالترك مع التخرب وعدم العمارة مواتا غير مملوكة كما كانت، وإلى هذا ذهب ابن القاسم، فيملكها من يحييها بعد ذلك. مثلها مثل الصيد ينفلت من صائده ويعجز عن رده ويطول زمن ذلك فإنه يعود متأبدا كما كان، يملكه من يصيده بعد ذلك.

أما إذا تركها مالكيها ثم توفى فتركها كذلك ورثته من بعده حتى نسيهم الناس وأصبحت لا يعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة يوما ما ففي تملكها بالإحياء روايتان عن أحمد : أحدهما أنها لا تملك به إذ إنها لا تزال على ملك صاحبها، وإلى هذا رأى ذهب مالك.

والرواية الثانية أنها تملك بالإحياء لانتهاء الملك فيها وصيرورتها بذلك أرضا مواتا.

وفى البدائع للكاسانى أن الحنفية قد اختلف فيها رأيهم. فقد روى عن أبى يوسف أنها تملك بالإحياء. وجاء فى تبيين الحقائق على الكنز للزيلعى أنها لا تعد مواتا ولا تملك بالإحياء وإنما تعطى حكم اللقطة. وقد رأى بعض الحنفية أن ذلك لا يتفق مع المصلحة، وذهبوا إلى أنها تكون لجماعة المسلمين أمرها إلى الإمام يتصرف فيها كما يتصرف فى مال بيت المال، وإذا ظهر بعد ذلك مالها ردت إليه، وهذا ما ذهب إليه محمد.

وعند الشافعى مرجع الأمر فيها إلى الإمام. فقد جاء فى حاشية الرمل على الروض : ولو خربت قرية للمسلمين وتعطلت ولم يعرف ملاك أرضها فهل للإمام أن يعطيها لمن يعمرها؟ وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب. وفى الحاوى : ما لا يعرف مالكة ولا يرجى ظهوره فهو لبيت المال، وفى جواز إقطاعه وجهان.

وأما إذا كانت الأرض غير مملوكة لأحد فإن كان يتعلق بها حق ارتفاق بأن كانت قريية من العمران فكانت مستودع قمامة القرية أو مطرح أثربتها أو مكانا لحصائدها أو محتطبا لها أو مسيلا لمائها أو مسرحا لدوابها أو مناخا لإبلها أو نحو ذلك لم يجز أن تملك بالإحياء. ومناطق تتعلق الحق بها عند أبى يوسف قريية من القرية وصلاحتها لذلك فمثل ذلك لا يملك بالإحياء، أما ما بعد عن القرية فإنه يملك بالإحياء لعدم تعلق حق أهل القرية، وتعد الأرض بعيدة إذا كان بينها وبين العمران مقدار غلوة «من ثلثمائة ذراع إلى أربعمائة ذراع».

وفى رواية عنه أنها تكون بعيدة إذا كان من بها لا يسمع جهورى الصوت إذا صاح فى أدنى العمران منها، وذلك ما اختاره السرخسى.

ويرى محمد أن حق أهل القرية لا يتعلق بها إلا إذا اتخذوها مرفقا فعلا، فإذا كانوا لا ينتفعون بها فعلا كانت من الموات يملكها من يحييها وإن كانت قريية وهذا هو ظاهر الرواية.

وعلى هذا فما يوجد من الأراضى الرملية بجوار المدن مما لا ينتفع به فعلا يعتبر مواتا عند محمد فيملك بإحيائه كالبنا عليه، وليس بموات عند أبى يوسف فلا يملك بالبنا عليه.

وذهب مالك وأحمد إلى أن القريب من العمران لا يملك بالإحياء، ويرى أحمد أن تحديد ذلك متروك لعرف الناس إذا كان الناس لا ينتفعون به، وما عدا ذلك مما لا يتعلق به حق ارتفاق فإنه يعد مواتا.

وعلى ذلك فالأرض الموات التى تعد مباحة تملك بالإحياء هى التى لا يملكها أحد ولم يتعلق بها حق لأحد ولا ينتفع بها : إما لعدم وصول الماء إليها وإما لغلبته عليها وإما لسوء تربتها لأنها أرض سبخة أو كثيرة الحصى وإما لغير ذلك من الأسباب التى حالت دون صلاحيتها للإنبات والانتفاع بها، وإذن فالأرض المملوكة لا تعد مواتاً، وكذلك ما يوجد فى وسط البلاد من الميادين وما يقرب منها من الفضاء الذى يرتفق به أهلها.

سبب تملك الأرض الموات - الإحياء - أثره :

يرى كثير من الفقهاء أن الأرض الموات تدخل فى ولاية الإمام العامة. ولهذا يكون له أن يقطعها من شاء ممن يرى أن من المصلحة إقطاعها إياه. وذلك ما يفيد كلام صاحب البدائع وما نقله صاحب البحر عن الفتاوى الغياثية - غير أنها لا تصير بذلك الإقطاع ملكاً لمن أعطيت له وإنما يثبت لديه حق احتجازها لإحيائها فى مدى ثلاث سنوات ليملكها بذلك، فإذا مضت دون أن يعمرها بطل حقه وكان للإمام أن يعطيها لغيره.

ويرى مالك أنه يجوز للإمام أن يقطع الأرض الموات لمن يرى فتصير بذلك ملكاً له يتصرف فيها تصرف المالك وإن لم يحيها. وهذا ما ذهب إليه الشافعية - وهذا عندهم غير إقطاع الإمام الأرض الموات للإحياء فإنه من باب التخجير ولا يثبت به الملك إلا بالإحياء. وهذا ما ذهب إليه الإمام أحمد إذ لم يجعل للإمام أن يقطع الموات إقطاع تملك.

والموات من الأرض مال مباح يملك بالاستيلاء عليه، غير أن الاستيلاء عليه لا يظهر ولا يتحقق إلا بظهور أثره والانتفاع به والعمل فيه؛ ولذا لا يكون تملكه إلا بإحيائه إذ إن ذلك هو مظهر حيازته، وهذا ما يدل عليه قوله عليه السلام : «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»، ويرى أبو يوسف ومحمد أن ذلك لا يتوقف على إذن الإمام به. وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد، وهذا أيضاً رأى مالك فى تملك ما يبعد عن العمران بالإحياء. أما ما يقرب منه فلا يملكه من يحييه إلا بإذن من الإمام حتى لا يكون من وراء ذلك نزاع وشغب، ونقل عن سحنون أنه قال: لم أجده لأصحابنا بياناً فى حد القرب والبعد، وأرى أن ما لا تدركه المواشى فى غدوها ورواحها بعيد وماتدركه قريب.

ويرى أبو حنيفة رضى الله عنه أن مجرد الاستيلاء على الموات بالإحياء لا يكفى فى تملكه بل يشترط لذلك إذن الإمام، وقد استدل له بقوله ﷺ : «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» وذلك يستوجب الإذن، ولأن ذلك إنما يظهر فيما للإمام عليه ولاية وسلطان ظاهر وهو العقار؛ ولذا كان اشتراط الإذن فى تملك العقار بالاستيلاء خاصا به . وحكمة هذا الاشتراط أن الناس كثيرا ما يرغبون فى إحياء الأرض الموات . واتجاه رغباتهم إلى ذلك قد ينشأ عنه عند الشروع فى الإحياء نزاع وخصام وشغب لتزاحم الرغبات واختلاف الأنظار، فاشتراط استئذان الإمام درءا لذلك وهذا ما لا يكاد يوجد فى المنقول . ولنفس هذه الحكمة رأى المالكية كما أشرنا فيما سبق أن الموات إذا كان قريبا من العمران وجب لتملكه بالإحياء إذن الإمام فإن أحياءه بلا إذنه أخرج منه فإن الرغبات تتجه إليه وقد تتعارض بخلاف الحال فيما كان بعيدا .

وإحياء الأرض الموات يتم بجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بها بغير الزراعة وذلك بإزالة الأسباب التى تحول دون ذلك . فإذا كانت مغمورة بالماء كان برفع الماء منها ومنعه عنها بإقامة السدود وصرف الماء، وإذا كانت بعيدة عن الماء محرومة منه كان بإيصال الماء إليها وذلك بشق المجارى وحفر الترغ والآبار، وإذا كانت سبخة كان بتحويلها بواسطة الماء والرى ونحوه إلى أرض صالحة للزراعة كما يكون إحيائها بالبناء عليها بإقامة الأسوار واتخاذها مخزنا أو نحو ذلك من الأعمال التى تجعلها صالحة للانتفاع بها .

وذهب أحمد فى إحدى رواياته إلى أن الإحياء يكون بما يعده العرف إحياء وذلك يختلف باختلاف الأعراف .

ويملك المحيى ما أحياه من الأرض الموات إذا كانت ممتدة غير محدودة، فإن كانت محدودة محصورة ملكها كلها بإحياء ما زاد على نصفها، وعن أبى يوسف أنه إذا كان ما أحياه فى وسطها ملكها كلها بذلك .

وكذلك يكون إحياء الأرض الموات بحفر الآبار فيها أو بإنشاء مراوى المياه وتخترقها وكذلك بإنشاء المصارف وتسويتها . ومن حفر فى أرض موات بئر كان حريم هذا البئر ملكا له وهو أربعون ذراعا من كل ناحية، فإن صارت عينا يفيض

الماء منها كما حريمها خمسمائة ذراع من كل ناحية. أما حريم القنوات على جانبيها فيقدر ما يلزم لها عند إرادة إصلاحها ولجميع ما يخرج منها من طين وأحجار عند حفرها وكريها ويصير الحريم ملكا للمحافر باعتبار أن ذلك يعد إحياء له.

التحجير :

وإذا عمل فى الأرض الموات من وضع يده عليها عملا لا تصير به منتفعا بها كان ذلك تحجيرا : كأن يضع عليها علامات تدل على سبق يده إليها وعلى شروعه فى عمارتها. ومن ذلك تسويرها بأحجار لم تتخذ شكل البناء وقطع حشائشها وأشواكها وحفر بعض مصارفها وإنزال الماء فيها. وفى اعتبار بعض هذه الأعمال تحجيرا لا يكسب ملكا أو عمارة تملك بها - خلاف بين الفقهاء مرجعه إلى العرف. وليس يترتب على التحجير ملك ولكن يثبت به حق للمحتجر، هو أولويته فى إحيائها على أصح الأقوال. ويثبت له هذا مدة ثلاث سنوات من ابتداء عمله فيها، فإذا مضت دون إحياء سقط حقه كما يسقط كذلك بموته قبل نهايتها. وذلك لقوله ﷺ : « الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعد، فمن أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » . - وبذلك قضى عمر. ولأن المحتجر إذا مضى عليه هذا الزمن دون أن يتمكن من الإصلاح دل ذلك على عجزه أو عدم رغبته، ووجب أن ييسر طريق إحيائها لغيره.

وثبت حق المحتجر فى هذه المدة لا يمنع غيره من تملكها بالإحياء عند الحنفية وإن كره له أن يفعل ذلك ديانة وخلقا. فلو أخذها قهرا وأحياها ملكها بهذا الإحياء. ومن العلماء من جعل هذا الحق مانعا من تملك غيره إياها طيلة هذه المدة وهو رأى لبعض الحنابلة. ومن العلماء من جعل المحتجر مالكا لها فى هذه المدة ملكا مؤقتا ينتهى بانتهاؤها من غير إحياء. غير أن انتهاءها دليل على أنها ملكية حق احتباس لا ملك عين؛ لأن ملك العين لا يكون مؤقتا، وعلى ذلك لا يكون بين هذا رأى وسابقه فرق.

هذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة فى تملك الأرض الموات من حيث إنها مال مباح. أما القوانين الوضعية فى البلاد العربية فلم تذهب مذهب الشريعة الإسلامية. بل قيدت هذا السبب الخاص بتملك الأرض الموات بقيود عديدة اختلفت فيها قوانين البلاد العربية التى عرضت لهذا الموضوع : كالجمهورية العربية المتحدة، والجمهورية السورية، والجمهورية اللبنانية - أما التقنين العراقى والتقنين الليبى فلم يعرضا لهذا الموضوع.

ففى الجمهورية العربية المتحدة تنص المادة ٨٧٤ مدنى مصرى على ما يأتى :

- ١ - الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة .
- ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح .

٣ - إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك .

وبناء على ذلك كانت جميع الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فى الجمهورية العربية المتحدة تعد بمقتضى هذه المادة ملكا للدولة وخرجت بهذا عن أن تكون مالا مباحا ، ووجب لكسب ملكيتها طبقا للقواعد العامة أن يكون عن طريق مالكها بسبب ناقل للملكية لا بسبب الاستيلاء والعمارة . وملكىة الدولة لهذه الأرض لا تستند إلى سبب من أسباب كسب الملكية المعروفة المقررة ، وإنما تستند إلى القانون مؤسسة على الولاية والسلطان العامين .

والعقارات التى تملكها الدولة أنواع ثلاثة :

الأول : ما يعد منها من الأموال العامة : كالقناطر والجسور والميادين والطرق وما إلى ذلك . وهذه لايجوز التصرف فيها أو تملكها بالتقادم (م ٨٧ / ٢ مدنى مصرى) وهو حكم متفق وما تقضى به الأحكام الشرعية .

والثانى : العقارات التى تعتبر من الأموال الخاصة المملوكة للدولة بصفتها شخصا اعتباريا ، أو لهيئة من هيئاتها العامة على هذه الصفة . وهى العقارات التى تدخل فى زمام القرى والمدن وتباشر الدولة عليها غالبا سلطات المالك كالعقارات التى تركها ملاكها بوفاتهم عن غير وارث ، وما تنحسر عنه مياه الأنهار من الجزر وما يطرحه النهر من الأرض ، وهذه يجوز التصرف فيها من الدولة طبقا للوائحها ولكن لا يجوز تملكها بالتقادم م ٩٧٠ مدنى مصرى معدلة بالقانون رقم ١٤٧ / ٥٧ والقانون ٣٩ لسنة ١٩٥٩ إذ صار نصها أخيرا : فى جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك

الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتباريين العامة. وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عليها بالتقادم، كما لا يجوز التعدى عليها، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة. وهذا النوع من العقار لا يجوز تملكه بالاستيلاء عليه لأنه لا يعد مباحا بل مالا مملوكا للدولة.

والثالث : هو ما عدا هذين النوعين من الأراضى غير المزروعة مما لا يكون فى ملك أحد ويعتبر مملوكا بمقتضى المادة ٨٧٤ مدنى مصرى. وهذا النوع هو ما يعبر عنه فى الفقه الإسلامى بالأرض الموات. وقد نص القانون على جواز التصرف فيه من الدولة وعلى جواز تملكه بالتقادم فى الحدود التى يقررها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتنظيم الأراضى الصحراوية، ومقتضى اعتباره ملكا للدولة أنه لا يملك شرعا بالاستيلاء عليه مع العمارة، ولكن القانون أجاز تملكه بالاستيلاء عليه المصحوب بزراعته أو غرسه أو بالبناء عليه وجعل ملكيته قابلة للزوال بعدم استعماله مدة خمس سنوات متتالية خلال السنوات الخمس عشرة التالية للتملك، كما أجاز تملكه بترخيص من الدولة فى حدود ما تنص عليه القوانين واللوائح الخاصة بذلك. ومن ذلك القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الذى يوجب لجواز ذلك أن يكون بترخيص من وزير الحربية، وذلك فضلا عن حق تملكه بالتقادم أو فيما حدده القانون لذلك من الأراضى. وتنص المذكرة الإيضاحية على أن المطلوب ممن يعمر الأراضى بغية تملكها بالاستيلاء عليها أن يزرع أو يبنى وفقا لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض فيكفى أن يجعلها مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياما متنقلة (ص ١٩٧ ج ٦ مذكرة مجموعة الأعمال التحضيرية) وفى اعتبار مجرد التسوير أو نصب الخيام المتنقلة من قبيل البناء على الأرض الوارد فى المادة - تجوز وتوسع لا يحتمله اللفظ.

وفى التقنين الليبى تنص المادة ٨٧٨ على أن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة ولايجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للقوانين واللوائح، وبمقتضى هذا لايجوز تملك الأرض الموات بالاستيلاء عليها ولو مع عمارتها؛ لأنها ليست مالا مباحا بل تعد بمقتضى القانون ملكا للدولة، ولكن القانون الليبى أجاز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها بترخيص من الدولة، سواء أقام المالك بعمارتها أم لا .

وذهب التقنين السوري في مادته ٨٣٢ مدنى سورى إلى أن الأراضى غير المزروعة التى لا ممالك لها تكون ملكا للدولة، ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للقوانين. وجاء فى مادته ٨٣٣ أن الاستيلاء على العقار يخول أول من يشغله بناء على ترخيص قانونى من الدولة حق تفضيله على من سواه لاكتساب حق التصرف فى العقارات المحلولة الخالية لا حق الملكية. وجاء فى المادة ٨٣٤ أن صاحب حق الأفضلية إذا أثبت بعد انقضاء ثلاث سنوات أنه أحيا أرضا أو بنى عليها أبنية أو غرس فيها أغراسا أو رتبها ضمن الشروط المعينة فى الأنظمة الخاصة بأملاك الدولة فإنه يكتسب مجانا حق تسجيل التصرف على القسم الذى أحياه أو غرسه أو أنشأ عليه أبنية أو رتبته - ويفقد حق التصرف إذا توقف بعد التسجيل وفى خلال العشر سنوات التالية للتسجيل عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية - وقد قدمنا أن حق التصرف فى النظام السورى يكون متعلقا بالأرض إذا كانت ملكا للدولة، ويجعل لصاحبه حق التصرف فيها على الوضع الذى سبق شرحه، وعلى هذا جرى التقنين اللبنانى م ٢٣٤، ٢٣٥ ملكية عقارية لبنانى.

الحيازة

يعرفها رجال القانون بأنها سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شىء، بحيث تكون فى مظهرها الخارجى وفى قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عينى آخر : سواء أكانت هذه السلطة مستندة إلى حق أو غير مستندة إلى حق فالسارق والغاصب يعد كل منهما حائزا لما سرقه أو غصبه إذا تحقق له هذا المظهر فى سلطته على الشىء المغصوب أو المسروق. ومن ثم كانت الحيازة مجرد وضع فعلى أو واقعى ينطوى على مباشرة سلطة على الشىء المحوز^(١)، وكان لابد لتحقيقها من مضى زمن يتحقق فيه هذا المظهر.

ولذا لا تقوم على عمل يأتية الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح م ٩٤٩ مدنى مصرى، ٩٥٣ مدنى لیبى، ١١٤٥ م مدنى عراقى - ذلك ما يراد منها فى لسان رجال التشريع الوضعى. أما فقهاء الشريعة فليس لهم اصطلاح خاص ولا يريدون بها إلا مجرد وضع اليد على الشىء والاستيلاء عليه فى صورته المختلفة وهو المعنى اللغوى للكلمة. ومن ثم لم يكن عندهم فى الاستعمال فرق بين حيازة المال والاستيلاء عليه، واستعملوا إحدى الكلمتين مكان الأخرى فى كلامهم على تملك المال المباح بالاستيلاء عليه أو بحيازته. ويرى من هذا أن استعمالهم للفظ حيازة فى أساليبهم المختلفة لا يراد به إلا القبض ووضع اليد وذلك عام يتناول المعنى الاصطلاحي القانونى السالف الذكر وغيره.

ويرى رجال القانون أن الحيازة تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم الطويل فى كل من العقار والمنقول، كما تؤدى كذلك إلى كسب الملكية بالتقادم القصير فى العقار إذا اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح. أما فى المنقول فإنها تؤدى إلى كسب الملكية فى الحال دون اشتراط تقادم، م ٩٦٨ مدنى مصرى وما بعدها، م ٩٧٢ مدنى لیبى وما بعدها، م ٩١٧٠ مدنى سورى وما بعدها.

وكما يترتب عليه كسب الملكية عند توافر شروطه يترتب عليه كذلك سقوط الحق عند توافر ما نص عليه القانون من الشروط لذلك، إذ يكون فى هذه الحالة

(١) الملكية للدكتور الصدة ص ٥١٢.

وسيلة لانقضاء حق يسكت صاحبه عن اقتضائه أو استعماله مدة معينة وبه تسقط جميع الحقوق المالية سواء أكانت عينية أم شخصية أم معنوية ما عدا حق الملكية فهو الحق الوحيد الذى لا يسقط بعدم الاستعمال وإنما يفقده صاحبه بتقادم مكسب يتم لصالح غيره الذى يحوز الشئ الذى هو موضوعه .

والتقادم الطويل وهو الذى يسرى على العقار والمنقول وبه يتم للحائز أن يكسب ملكيته مدة الحيازة فيه خمس عشرة سنة مستمرة . والقصير ، وهو الذى لا يسرى إلا على العقار مدة الحيازة فيه خمس سنوات ، أما الكلام فى الشروط والآثار والأحكام على وضع تفصيلى فمحلله الدراسة القانونية البحتة .

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحيازة للأموال المملوكة أو التى تعلقت بها تمنع من تملكها بالاستيلاء عليها لا تصلح سبباً للملكيتها ولو مع توافر التقادم الذى يشترطه رجال القانون فلا يكتسب حق للغير بحيازته أو بحيازة محله مهما طال زمنها ، ولا يسقط حق يترك المطالبة به وإن طال مدتھا . واكتساب الحقوق أو سقرطها بالتقادم حكم ينافى العدالة والخلق ويكفى فى ذلك أن يصير به الغاصب أو السارق مالكا بعد حيازته لما غصب أو سرق مدة معينة ، وأنه يحول بين الحق وصاحبه لتركه المطالبة به مدة من الزمن ، فى حين أن مضى الزمن ليس من شأنه أن ينشئ حقاً أو يسقط حقاً .

ولكن رجال التشريع الوضعى كان ذهابهم إلى ما ذهبوا إليه فى ذلك قائماً على أسباب ودواع لها من القوة والأهمية بحيث صار ما دعت إليه من هذه الأحكام مصلحة اجتماعية اقتصادية لا ينبغى إهمالها فى نظرهم - ذلك لأن القول بالتقادم وما رتبوا عليه من آثار يرجع فى نظرهم إلى اعتبارات فردية وأخرى اجتماعية تتصل بالمصلحة العامة . فمن الناحية الفردية يرون فى تفسيره أنه قرينة على إسقاط الحق وتركه ، فمن يترك ملكه فى يد غيره مدة معينة ويسكت عن المطالبة به طيلة هذه المدة يفترض فيه أو يظن أنه قد ترك حقه وأسقطه استناداً إلى تأييد العرف وعادات المعاملة ، كما يرون أن التقادم المكسب للحق يعد قرينة على ثبوته لمن هو فى يده ، والتقادم المسقط له يعد قرينة على الوفاء به أو على إسقاطه .

ومن الناحية الاجتماعية قيل إنه نظام يؤدي إلى الاستقرار فى المجال الاقتصادى وقطع المنازعات، وبدونه لا يطمئن مالك إلى بقاءه مالكا ولا مدين إلى براءته من دين كان عليه. فلو كان على الإنسان أن يطالب بحقه مهما مضى من زمن على تركه المطالبة لأدى ذلك إلى زعزعة المراكز المالية واضطراب فى المعاملات وهو أمر يبعث على الفوضى والاضطراب.

وفضلا عن ذلك فإن التقادم يحل إشكالا كبيرا فيما يتعلق بالإثبات، ولاسيما إثبات الملكية؛ إذ من المعروف أن إثبات الملكية كثيرا ما تعترضه صعوبات جمة، ففى كثير من الأحوال يتعذر على المالك أن يقيم الدليل على ملكيته وذلك حين لا تتوافر لديه المستندات المثبتة لها بسبب مضى الزمن وانتقالها من مورث إلى وارث وتعاقب ذلك فى الأزمان المنقضية مما لا يستطيع حصره ولا متابعتها فى كثير من الأحوال، ومن ثم يتعذر عليه الدفاع عن حقه.

ولكن الأخذ بنظام التقادم من شأنه أن ينهى هذه الصعوبات ويحل هذه الإشكالات؛ إذ يكتفى فى مثل هذه الأحوال بإقامة الدليل على حيازة استمرت المدة التى تتطلبها القانون لكسب الحق المدعى. ولا شك أن المصلحة الاجتماعية تدعو إلى الأخذ بهذا النظام قطعا لمثل هذا الشغب والنزاع وتيسيرا على الناس.

وكذلك الوضع فى صاحب حق استولى عليه غيره فتركه دون مطالبة به مدة طويلة إذ يعد ذلك قرينة على انتهاء الحق بالوفاء أو بإسقاطه، وإلا لأصبح المدين مهددا بالمطالبة إذا لم يكن لديه وثيقة وفاء به أو إسقاط به. وحسب الشارع أن أتاح لصاحب الحق مدة كافية لكى يسعى إلى اقتضاء حقه والحيلولة دون فقده بسبب التقادم. وبهذا المبدأ أخذ التقنين اللبنانى م/٢٥٧ قانون الملكية العقارية.

ولم ير فقهاء الشريعة ذلك مسوغا لأن تجعل الحيازة مع التقادم سببا لاكتساب حق أو لسقوطه، ورأوا أنه يكفى لرفع الضرر الذى أشير إليه أن يجعل ذلك سببا لعدم قبول الادعاء بالحق بناء على أن الادعاء فى هذه الحال وفى مثل هذه الظروف دعوى يكذبها الظاهر، وأن مدعيها مبطل فيما يظهر. وليس من الحكمة إضاعة الوقت فى نظرها وبحثها مع ظهور وجه العدالة فيها. والحكم فى مثل هذه الدعوى يكون بعدم سماعها سدا لباب التزوير والدعاوى الباطلة بالقدر الممكن وإبقاء الحال على ما هى عليه. ولذا كان القضاء فى مثل هذه الدعوى من قبيل القضاء بالترك.

وهذا ما تدل عليه عبارة المبسوط كما نقلها صاحب الفواكه البدرية :
وهى رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الادعاء ثم
ادعى لا تسمع دعواه؛ لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا .
وكان ذلك مبدأ مقررأ فى كثير من المذاهب الفقهية وهو عدم سماع الدعوى التى
يكذبها الظاهر، وإن اختلفوا فى بيان الأوضاع والصور والشروط التى يتحقق
معها تكذيب الظاهر للدعوى . وكان المالكية فى هذا أوضح بيانا وأكثر تفصيلا
وأقرب إلى ما ذهب إليه التشريع الوضعى، فقالوا إن الحيازة على قسمين :
حيازة مع جهل الحائز من إليه يزجع أصل ملكه لما يحوزه، وحيازة مع علمه
ذلك . فالحيازة الأولى تتحقق بوضع اليد عشرة أشهر فأكثر سواء أكان المحوز عقارا
أو منقولأ، والثانية لأبد فيها من عشر سنين فأكثر فى العقار، وعامين فأكثر فى
المنقول من الدواب والعييد والثياب ونحو ذلك . ولأبد فى إثبات الحيازة بنوعها
من الشهادة عليها وعلى وضع اليد على العين المحوزة وعلى تصرف الحائز فيها
تصرف الملاك فى أملاكهم ونسبتها إلى حائزها على أنها مملوكة له فى زعمه
وفى أقوال الناس دون منازعة له فى ذلك طيلة المدة وهى المدة التى أشرنا إليها
فىما سبق . فإذا قامت البيئة على الحيازة بهذه الصورة كانت هذه الحيازة حجة
على من لم يغب عن البلد التى بها العين المحوزة طيلة المدة واعتبرت دالة ظنية
على أن العين المحوزة ملك لحائزها، وعند ذلك يقضى له بها قضاء ملك لا قضاء
ترك فى يده، ويسقط حق المنازع الحاضر فيها وتبقى العين المحوزة بيد حائزها دون
أن يكلف بيان وجه تملكه إياها .

وإذا ثبتت الحيازة الأولى فى عشرة أشهر فأكثر مع توافر هذه الشروط لم
تقطعها حيازة بعدها إلا أن تكون حيازة عشر سنين لا يعلم معها أصلها الذى تسند
إليه، فإن علم أصلها بكراء أو إسكان أو نحو ذلك لم تقطعها ولو طال . ويرى
ابن رشد أن مجرد الحيازة بشروطها لا تنقل الملك اتفاقا ولكن تعد دليلا عليه
كمعرفة العفاص والوكاء فى التعرف على اللقطة . ويرى ابن رحال أن ما ذهب إليه

ابن رشد فى ذلك غير صحيح وأن الملك ينتقل إلى الحائز بالحيازة، ولكن ما ذهب إليه ابن ربحال لا يتفق مع النقول المختلفة عن أهل المذهب فى ذلك. وبالقضاء للحائز تنقطع حجة من يعارضه وإن ثبت أنه كان مالكا قبل الحيازة فلا تقبل دعواه ولا بينته وإن سلمت من الطعن.

وجملة القول أن الأجنبى إذا حاز عقارا أو منقولا المدة المقررة وظهر فيها بمظهر المالك من نسبه ما حازه إلى نفسه ومن تصرفه فيه تصرف المالك لم يكن لمن كان حاضرا ذلك وشاهدا له طيلة المدة دون منازعة منه ودون مخاصمة فى أثائها بلامانع أن يدعى ملك هذا المحوز، وكان إثبات هذه الحيازة كافيا فى القضاء للحائز بالملك. ومن هذا البيان يتضح أن الحيازة لا تعد سببا ناقلا للملك كما ذهب ابن رشد وإنما تعتبر دليلا عليه؛ ولهذا لا يكون ترك المحوز فى يد الحائز قضاء ترك كما يرى الحنفية ولكنه قضاء بملك قام عليه الدليل^(١). وجملة القول أن الحيازة لا تعد سببا من أسباب نقل الملكية فى الشريعة الإسلامية، وإنما تعد دليلا عليه على أوضاع وشروط تختلف باختلاف آراء الفقهاء؛ ولذا فقد تكلموا عليها فى الدعوى وطريقة إثباتها.

وقد مال إلى النظرية الشرعية القانون العراقى فقد عرفها فى م ١١٤٥ بأنها وضع مادى به يسيطر الشخص بنفسه أو بالوساطة سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق، ولا تقوم على عمل يأتى الشخص على أنه مجرد إباحة أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح، وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة، ونص فى المادة ١/١١٥٧ على أن من حاز شىئا اعتبر مالكا لها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وعلى ذلك تكون الحيازة أمانة على الملكية القائمة للحائز ولا تعد منشئة للملكية ولا نافذة لها. وجاء فى المادة ١١٥٨ أن الحائز لعقار أو منقول مدة خمس عشرة سنة مستمرة مانعة من سماع دعوى الملك فيه من الغير عند الإنكار إذا لم يكن للمدعى فى تلك المدة عذر شرعى منعه من الادعاء، ولم يكن المحاز غير مسجل فى دائرة الطابوا باسم الحائز باعتباره مالكا له، وتنقص هذه المدة إلى خمس سنوات إذا اقترنت الحيازة بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح بأن استندت إلى أحد الأسباب الآتية :

(١) شرح الهجة ج ٢ ص ٢٣٧ وما بعدها.

الاستيلاء على الأرض الموات - انتقال الملك بالإرث أو بالوصية - انتقال الملك بالهبة - انتقال الملك بالبيع أو بالفراغ عنه. وإنما يشترط حسن النية وقت تلقى الحق.

ويكفى في اعتبار حيازة المنقول سببا مانعا من ادعاء الملك فيه أن تستند إلى سبب صحيح مع توافر حسن النية، وتعد حيازته قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك م ١١٦٣ مدني عراقي.

تملك اللقطة :

وما يتصل بموضوع التملك بالاستيلاء تملك اللقطة، وهي : مال معصوم وجد في مكان معرض فيه للضياع، وفي حكمه اختلاف الفقهاء.

فذهب الحنفية إلى أنها لا تملك بل تبقى على ملك مالكيها إذ إن تركها أو وجودها في مكان تتعرض فيه للضياع لا يزول به ملك مالكيها. وعلى ذلك فهي على ملكه حتى يحضر فتعطى له، غير أنه ذكر في (الهداية) أنها إن كانت شيئا يعلم عادة أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان ويكون إلقاؤها إباحة للانتفاع بها، ولذا جاز الانتفاع بها، من غير تعريف لها مع بقائها على ملك مالكيها إذ لا ينقطع بأن المالك قد ألقاها رغبة عنها فلزم مراعاة استمساكها لها استصحابا لحاله السابقة.

وذهب الشافعية إلى أن ما يلتقط من المال تافها أو غير تافه يجوز للملتقط أن يملكه بعد تعريفه المدة الواجبة لتعريفه ويملكه بقوله تملكته على رأي، وفي رأي آخر أن يملكه بمجرد مضي مدة التعريف دون حاجة إلى صدور عبارة منه تفيد إرادة تملكه، وقيل يكفي فني تملكه ظهور نية في ذلك بأي عمل يصدر منه، ومع ذلك فإذا ظهر مالكة بعد ذلك أخذه إن وجدته وإلا أخذ قيمته إن استهلك. ومؤدى ذلك أن الملتقط يملكه عندئذ ببذله. ومدة تعريفها سنة للخبر الصحيح. ويعرفها في أثنائها على العادة في ذلك، وفي المال الحقيقير يعرف مدة يظن فيها أن فاقده يعرض عنه غالبا «نهاية المحتاج ج ٥».

وذهب الحنابلة إلى أنها تملك بالتقاطها دون حاجة إلى تعريف إن كانت مما لا تتبعه رغبة أوساط الناس كالرغيف ونحوه فإن ظهر صاحبها أعطى له إن كان موجودا ولم يستحق شيئا على مستهلكه لأنه قد استهلك ما يملك، أما ما عدا

ذلك من الأموال فلا يملكه ملتقطه إلا بتعريفه سنة دون أن يعرف مالكة، وهو للمالكة بعد ذلك إن ظهر وكان موجودا فإن كان قد استهلك فله قيمته. ورأى المالكية قريب من هذا. ونتيجة ذلك أن اللقطة لا تعد مالا مباحا بإطلاق يملك بالاستيلاء عليه، وإنما تكون كذلك إذا تركها صاحبها في مكان تعرضت فيه للضياع وكانت من التافه الذي لا تتبعه رغبة الناس على رأى بعض الفقهاء.

وتنص المادة ٨٧٣ مدنى مصرى على أن الحق فى اللقطة تنظمه لوائح خاصة وهو ما نص عليه فى المادة ٨٣١ مدنى سورى والمادة ١١٠٣ مدنى عراقى والمادة ٨٧٧ مدنى لىبى.

والتنظيم العام المصرى فى هذه المسألة هو ما تضمنه الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ الواجب التطبيق فى كل حالة لم يرد فى شأنها تنظيم خاص وهو يقضى بأن كل من عثر على شىء أو حيوان ضائع ولم يتيسر له رده إلى صاحبه فى الحال أن يسلمه أو أن يبلغ عنه إلى أقرب نقطة بوليس فى المدن فى ظرف ثلاثة أيام أو إلى العمدة فى القرى فى ظرف ثمانية أيام، وإلا حكم عليه بغرامة يجوز إبلاغها إلى مائة قرش كما يضيع حقه فى المكافأة، وإذا كان قد احتفظ بالشىء أو الحيوان بنية تملكه فإنه يعتبر سارقا أما إذا سلم الشىء أو الحيوان فإنه يستحق مكافأة قدرها عشر القيمة، وإذا لم يطلب المالك الشىء الضائع خلال سنة أو الحيوان المفقود فى مدة عشرة أيام تباع الإدارة الشىء أو الحيوان بالمزاد، وإذا كان الشىء قابلا للتلف قبل مضى ميعاد السنة جاز بيعه فى ميعاد أقصر يعينه المحافظ ويبقى الثمن محفوظا على ذمة المالك ثلاث سنوات وإذا طلبه المالك يسلم إليه بعد خصم مصروفات الحفظ والبيع وقيمة المكافأة المدفوعة لمن عثر على الشىء أو الحيوان وبعد مضى ميعاد الثلاث سنوات من تاريخ البيع يضاف الثمن إلى أملاك الدولة^(١).

(١) الملكية للدكتور الصدة ص ١٢.

الإقطاع

يراد به إقطاع الإمام أى إعطاؤه شخصا بغير عوض مالا لبست المال أو غير مملوك لأحد على وجه التملك لرقبته أو على وجه الانتفاع به.

وهو كما يكون سببا لتملك رقبة المال، يصلح سببا لتملك منفعة دون رقبته. وقد سبق الكلام عليه عند كلامنا على الملكية الشائعة فى المنافع وبيان أسباب تملك المنفعة وذلك باعتباره سببا لتملك المنفعة على وجه الشيوع بين أكثر من مالك.

أما صلاحيته لتملك العين فيدل عليه ما جاء فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار نقلا عن الخراج لأبى يوسف : للإمام أن يقطع كل موات وكل ما ليس فيه ملك لأحد ويعمل فيه بما يرى أنه خير للمسلمين وأعم نفعاً. وفى موضوع آخر قال : كل أرض ليست لأحد وليس عليها أثر عمارة جاز للإمام أن يقطعها رجلا ليعمرها، فإن كانت فى أرض الخراج أدى المقطع عنها الخراج، وإن كانت عشرية كان فيما يخرج منها من الزرع العشر. وقال أيضا: وكان عليه -رضى الله عنه- يقطع مما اصطفاه من أموال كسرى وكل من فرّ عن أرضه أو قتل فى المعركة وكل مفيض ماء أو أجمة، وذلك بمنزلة المال الذى لم يكن لأحد ولا فى يد وارث. وللإمام العادل أن يجيز منه ويعطى من كان له غناء فى الإسلام ويضع ذلك موضعه ولا يحابى به فكذلك هذه الأرض فهذا سبيل القطائع عندى فى أرض العراق وإنما يؤخذ منها العشر لأنها بمنزلة الصدقة اهـ.

قال ابن عابدين : وهذا صريح فى أن القطائع قد تكون من الموات وقد تكون من بيت المال لمن هو من مضارفه، وإن المقطع له يملك الرقبة. ويدل على ذلك أيضا قوله فى موضع آخر : وكل من أقطعه الولاية المهديون أرضا من أرض السواد وأرض العرب أو الجبال من الأصناف التى ذكرنا أن للأئمة أن يقطعوا منها فلا يحل لمن يأتى بعدهم من الخلفاء أن يسترد ذلك ويرده، ولا يخرج منه ممن هو فى يده وارثا كان أم مشترى، ثم قال : والأرض عندى بمنزلة المال، وللإمام أن يجيز من بيت المال من له غناء فى الإسلام ومن يقوى به على العدو ويعمل فى ذلك بالذى يرى أنه خير للمسلمين وأصلح لأمرهم، وكذلك الأرض يقطع الإمام منها من أحب من الأصناف.

ونتيجة ذلك أن أبا يوسف يرى أن الإقطاع من الإمام على وجه تمليك الرقبة جائز، سواء أكان ما يعطيه الإمام عقارا أم منقولا، وليس هذا محل اتفاق عند الحنفية. فقد نصوا على أن إقطاع الموات لا يفيد ملكا وإنما يفيد حقا هو حق التحجير، كما تصر على ذلك فى البدائع.

وفى ابن عابدين إذ جاء فى حاشيته : أن إقطاع الإمام من أراضى بيت المال لا يفيد ملك الرقبة بل تبقى على ملكه. ويكون للمقطع له أن ينتفع بالأرض وليس له أن يتصرف فيها إلا بإجارتها لأنها من طرق الانتفاع، أما إقطاعه شخصا من الأموال المنقولة لبيت المال فقد منعه محمد وأجازره أبو يوسف، ويظهر أن محل ذلك الخلاف إذا لم يكن المقطع له مصرفا لبيت المال لأنه لو كان مصرفا كان هذا من قبيل إعطاء من يستحق حقه اهـ .

وذهب محمد إلى أن إقطاع الإمام أرضا لبيت المال لمن ليس مصرفا له لا يجوز؛ لأن ذلك إعطاء المال لمن لا يستحقه. وتصرف الإمام منوط بالمصلحة وليس منها الاعتداء على الحقوق. وذلك ما أشار إليه الرافعى فى تقريره على ابن عابدين «البدائع ج ٦ ص ١٩٤، ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٠، وتقرير الرافعى ج ٢ ص ٥٩».

مذهب المالكية فى الإقطاع :

ويرى المالكية أن تصرف الإمام منوط بالمصلحة وبألا يخرج مال بيت المال عن وجهه؛ ولهذا لا يجوز للإمام أن يقطع أحدا من بيت المال شيئا إلا أن يكون مصرفا له، وإذا فعل ذلك فأعطى من هو مصرف له فسواء أقطعه على أن تبقى رقبة المال لبيت المال ولمن أقطعه منفعة، أم على أن يملكه الرقبة فإنه فى هذين الحالين يجب مراعاة ما يستحقه المقطع له فلا يزداد عليه وإذا زاد عليه، لم تحل له الزيادة وعليه أن يردّها لبيت المال^(١).

أما الأرض الموات فيجوز للإمام أن يقطعها لمن يرى أن من المصلحة إعطاءها إياه فتصير ملكا له^(٢) وفى هذه الحال يكون الإقطاع سببا من أسباب الملك عند المالكية.

(١) تهذيب الذوق ج ٣ ص ٧ .

(٢) منح الجليل ج ٤ ص ١٥ .

مذهب الشافعية:

يرى الشافعية أن للإمام أن يقطع رقبة الأرض الموات لمن يرى أن المصلحة في إقطاعه فيملك بذلك رقبته. وفي هذه الحال يكون الإقطاع سببا لتملك الرقبة وله أن يقطعها للعمارة فيكون للمقطع له حق التحجير، وعندئذ لا يملك الأرض إلا بإحيائها^(١) وإلى هذا ذهب المالكية^(٢).

أما الإقطاع من بيت المال فلا يفيد المقطع له ملك الرقبة عند الشافعية على القول المختار وإنما يفيد ملك المنفعة، ولذا جاز للإمام استرجاعه، ثم هو مقيد عرفا بحياة المقطع له فلا يورث وإنما يرد إلى الإمام^(٣).

الحنابلة :

يقسم الحنابلة الإقطاع ثلاثة أنواع : إقطاع تملك وإقطاع استغلال وإقطاع إرفاق. فإقطاع التملك عندهم يكون في الموات والعامر والمعادن. وإقطاع الاستغلال يكون لأخذ العبثر أو الخراج نظير الانتفاع. والإقطاع في الموات لا يفيد ملكا إلا بالعمارة وإنما سمي تملكيا نظرا لمآله وإنما يفيد حق الأولوية في العمارة كالتحجير. ويجوز للإمام إقطاع الأراضي والدور والمعادن التي لبيت المال لمن يرى متى وجد المصلحة في ذلك، وإذا أقطع أرضا لمصلحة رآها ثم تغير الحال كان له استردادها لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وذلك دليل أنه لا يعتبر تملكيا وإنما يفيد حق انتفاع عندهم.

أما إقطاع الإرفاق فعبارة عن إقطاع الجلوس في الطرق الواسعة ليصير المقطع له أولى من غيره بالجلوس فيما خصص له. كشف القناع ج ٢ ص ١١٢ وج ١ / ٦٩١.

(٢) الشرح الكبير وكشاف القناع في إحياء الموات.

(١) النهاية والشبرايملى ج ٥ / ٣٢٩.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٨٢.

الشفعة

الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع، وهو الضم والزيادة، يقال : شفعت الشيء شفعا من باب نفع ضممته إلى الشيء الفرد فصار به شفعا. وشفعت الركعة جعلتها ثنتين. ومن هنا أخذت الشفعة لأن صاحبها يشفع ماله بها فيضم إليه مالا غيره.

وللشفعة استعمالان : أحدهما إطلاقها على المال المشفوع أى المأخوذ. ثانيهما تملك المال وأخذه من مشتريه عند توافر شرائطه، قال صاحب الصحاح : ولا يعرف لهذا المعنى فعل. والشفيع صاحب الشفعة وهو من له حق التملك بها وجمعه شفعاء.

وهى فى لسان الشرعيين : حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضى أم أبى. وذلك على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء إذ يرون أن حق الشفعة لا يثبت إلا فى العقار.

فإذا باع أحد الشريكين فى عقار حصته فيه لثالث ثبت للثانى حق أخذها من مشتريها بما اتفق عليه من الثمن مضافا إليه ما استتبعه شراؤها من مؤن ضرورية، طابت بذلك نفسه أم أبى.

وسمى هذا الحق بالشفعة، وسمى صاحبه بالشفيع، كما تسمى الحصة المبيعة فى لسان الفقهاء باسم المشفوع أو المشفوع فيه، وكما تسمى حصة الشفيع فى العقار المشترك بالمشفوع به.

ويستعمل بعضهم (شفع) بمعنى طلب الأخذ بالشفعة :

شرعها - دليل ثبوت هذا الحق شرعا، ما رواه البخارى عن جابر بن عبد الله قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة^(١). وما روى من آثار عديدة فى ثبوت هذا الحق، وستأتى الإشارة إلى بعضها عند بياننا من يثبت له حق الشفعة.

(١) صرفت الطرق : أى بينت مأخوذ من التصريف وهو البيان .

قال ابن المنذر^(١): أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط. وفي المغنى لابن قدامة الجنبلي^(٢): أنه لا يعلم في ثبوتها خلاف لأحد إلا لأبي بكر الأصم^(٣) ومثله في نيل الأوطار. ومن الشريعة الإسلامية استمدت القوانين الوضعية المطبقة في بعض البلاد العربية أحكام الشفعة. فعرفها القانون المدني المصري في المادة ٩٣٥ بأنها رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية. وتطابق هذه المادة ٩٣٩ مدني ليبي. وعرفها القانون العراقي في مادته ١١٢٨ بأنها حق تملك العقار المبيع ولو جبرا عن المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن والنفقات المعتادة.

ومن ثم كانت الشريعة الإسلامية مصدر أحكام الشفعة في هذه القوانين، وإليها يرجع تفسير ما ينهم من نصوصها في هذا الموضوع بما تتحقق به المصلحة. وقد كانت الحكمة في شرعها دفع ما قد يتوقع من ضرر يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصا قد لا تؤمن عواقبه أو من ضرر يصيب الجار من جار جديد قد يكون غليظ الطبع ردىء الخلق لا تؤمن شروره. وهذا إلى ما يكسبه الشفيع بها من سعة في مسكنه أو في أرضه تذهب بما كان فيه من عنت لضيق في مسكنه أو ضيق في أرضه يذهب بما كان يحول دون الإحسان في استغلالها والاستزادة في نوائها، والضرر يجب أن يزال وأن يجتنب ما أمكن لقوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار ». وبخاصة إذا ما كان يصيب الجار الذي أمر الرسول ﷺ بإكرامه بقوله: « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره ».

ذلك ما ذهب إليه الحنفية. وذهب غيرهم ممن لا يرى الشفعة إلا فيما يقبل القسمة من العقار أن الحكمة في شرعها دفع ضرر القسمة إذا طلبها الشريك وذلك بانتهاء الشركة إذا لم يكن ثم شريك آخر غير البائع أو تقليلها إذا كان خلافه. فإن للقسمة أضرارا من نواح شتى في كثير من الأحوال كنقص الانتفاع بالنصيب بسببها وما قد تقتضيه من إحداث المرافق لكل نصيب كالمصعد والمنور والبالوعة والطريق وهذا إلى ما تستلزمه من مئونة ونفقات.

(١) هو إبراهيم بن المنذر بن عبد الله أحد كبار العلماء المحدثين عن مالك وسفيان بن عيينة ت سنة ٢٣٠ هـ.

(٢) هو أبو محمد عبد الله بن أحمد الجنبلي المتوفى سنة ٣٦٠ هـ.

(٣) هو محمد بن الحسن الأصم ت سنة ٣٢٠ هـ.

ولهذا كان شرع القسمة متفقا مع أصول الشريعة العامة ومحققا لأغراضها، وكان مما دعت إليه حاجة الناس واقتضته مصلحتهم حتى صار أمرا معروفا وشرعة متوارثة، وإن كان على خلاف ما وضع للملكية من حدود وحماية وما سنَّ لعقودها من قواعد إذ إن الأخذ بالشفعة يعد قيذا في حرية التصرف ويتنافى مع قاعدة الرضا في انتقال الملك من مالك آخر، ولكنه استثناء دعت إليه المصلحة وليس ما يصيب المشتري أو البائع من ضرر بسببها بالضرر الفاحش غير المعتاد، فقد كان المشتري قبل الشراء في غنى عما اشتراه وقد وجد من هو أحق به منه ومن في صرف الصفقة عنه إلى غيره ضرر أعظم مما يصيب صاحب الصفقة وقد أعطى البائع ما يرغب فيه من بدل، وهذا إلى ما قد يكون للشفعة من فائدة في تقليل الشيوخ وجمع الأنصبا في الجملة. وعلى أية حال فقد كانت شريعة الشفعة مثار جدل عنيف ونقاش في الإبقاء عليها وكان من أثر ذلك عدم الأخذ بها في القانون السوري المدني، وتضييق نطاقها عند ابتنائها على الجوار في القوانين الأخرى وهو رأى انفرد به فقهاء الحنفية وخالفهم فيه المالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر فلم يثبتوها في الجوار، وقد كان هذا رأى لجنة مراجعة القانون المدني المصري إذ حذفت من مشروعه النص الذي يجيز ابتنائها على الجوار، ولكن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب رأت إبقاءها، كما رأت رأيا وسطا عند ابتنائها على الجوار إذ جعلت للجوار في الأراضى الزراعية الشفعة إذا كان لأرضه أو كان عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها أو كانت قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها وكانت الملاصقة من جهتين، وهو رأى مستمد في الجملة مما ذهب إليه ابن القيم وبعض فقهاء البصرة وغيرهم من فقهاء الحديث إذ ذهبوا إلى أنه إذا كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق أو ماء أو نحو ذلك ثبتت الشفعة، وإن لم يكن بينهما حق مشترك ألبتة بل كان كل واحد منهما متميزا بملكه وحقوقه فلا شفعة، وذلك لما يرى من الضرر الذي يحصل بالشركة في الملك، وقد أقر مجلس النواب ما رآته لجنة المراجعة لما رآه من مصلحة تتطلبها البيئة المصرية.

أسباب استحقاقها :

لا يثبت حق الشفعة عند الجمهور من الفقهاء إلا لمن يملك عقارا متصلا بالعقار المبيع .

والانصال بالعقار المبيع له ثلاثة أحوال :

(١) أن يكون اتصال شركة فى نفس العقار وذلك إذا كان العقار المبيع جزءا شائعا مع حصة الشفيع فى أرض مشتركة بينهما أو فى دار كذلك .

(٢) أن يكون اتصال شركة فى حق من حقوق الارتفاق .

(٣) أن يكون اتصال جوار مع الملاصقة .

الحالة الأولى : وهى الشركة فيما بيع جزء منه - إذا كان العقار الذى بيع جزء منه مشتركا فباع أحد الشركاء فيه حصة منه على الشيوع ، كان لكل شريك فيه على الشيوع حق أخذ ما بيع بالشفعة بسبب الشركة فى العقار ، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر والزيدية والشيعة الإمامية وغيرهم .

فالحنفية يرون أن الشفعة تثبت بالشركة على الشيوع فى العقار المبيع . وهى إذا كانت فى عقار فيما أن تعمه وإما أن تكون فى جزء معين منه .

ففى الحال الأولى يكون الشركاء شركاء فى جميع العقار على الشيوع وعندئذ تثبت الشفعة لكل منهم فيما يباع منه على السواء ما عدا البائع ، وليس يفضل فيها صاحب الحصة الكبرى صاحب الحصة الصغرى بأولوية فى الطلب ولا بزيادة فى الاستحقاق . وإذا كان المشتري أجنيا عنهم أى ليس منهم استبدوا بالمبيع دونه ، وإذا كان أحدهم شاركوه جميعا فيما اشتراه على السواء ، خلافا لمن يجعل له الأولوية عند ذلك .

وفى الحال الثانية : يكون الشركاء شركاء فى ناحية معينة من العقار بينما يكون باقيه ملكا لأحدهم خالصا له كأن يكون لشخص دار يشاركه فى حجرة معينة من حجراتها شخص آخر أو أكثر على وجه الشيوع فى الحجرة .

ففى مثل هذه الحال إذا باع صاحب الدار جميع ما يملكه فيها ، أو باع حصة شائعة فيها كلها ، أو باع حصة شائعة فيما عدا الحجرة المشتركة ، أو باع حصة شائعة فى الحجرة المشتركة ، أو باع الدار كلها ما عدا حصته فى الحجرة المشتركة ، أو باع جزءا معيننا من الدار ولو لم يكن بجوار هذه الحجرة ، كان لأحد الشركاء الآخرين فى تلك الحجرة حق الأخذ بالشفعة فى جميع هذه الصور .

وكان فيها مقدما على الشركاء فى الطريق الخاص أو الشرب الخاص أو المسيل الخاص وعلى الجيران؛ لأنه يعد شريكا فى نفس العقار ما دامت الحجرة معتبرة جزءا من الدار ولم يتخذ لها وضع البيت المستقل. وهذه أصح روايتين عن أبى يوسف.

والرواية الثانية أن الشريك فى بعض العقار لا يستحق بموجب شركته إلا ما يباع مما له فيه حصة، وعلى ذلك فالشريك فى الحجرة فقط لا يستحق بشركته إلا ما يباع من الحجرة دون ما يباع من بقية الدار، وإن استحق الشفعة فيه بسبب آخر عند الحنفية كالشركة فى حق ارتفاق أو كالجوار.

وإذا اجتمعت هاتان الحالان فى عقار واحد وذلك بأن يكون بعض العقار شركة بين شركاء متعددين بينما يكون باقية مشتركا أيضا بين بعض هؤلاء الشركاء دون سائرهم « عند ذلك يكون الشركاء فى العقار من طرازين : شركاء فى العقار جميعه وشركاء فى جزء معين منه » فإنه إذا باع أحد الشركاء فى جميع العقار حصته فيه لأجنبى كان حق الشفعة للشركاء معه فى جميعه أولا فإذا سلموا كان الحق للشركاء فى الجزء منه.

وقد علل صاحب المبسوط ذلك : بأن شركة الأولين أعم وأقوى لأنها فى جميع العقار، وشركة الآخرين أخص لأنها فى جزء من العقار، ومن كان أقوى سببا قدم فى استحقاق الشفعة على من كان أضعف.

ومن جهة أخرى يرى أن الشركاء الأولين أولى بالشفعة من الآخرين، بالنظر إلى الجزء الذى لا شركة لهم فيه والمبيع فى حكم شىء واحد حتى لا تنجز الصفقة وإذا كانوا أولى بالنظر إلى هذا الجزء كانوا أولى بالنظر إلى الجمع المبسوط بتصرف ج ١٤ ص ١٠٩، والفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٦٦ - ١٦٨.

وبناء على ما ذكر يكون الشركاء فى العقار على مرتبتين : إحداهما مقدمة على الأخرى فى الشفعة - الأولى - شركاء البائع فيما باع منه حصة شائعة فيه كله، والثانية من عداهم من الشركاء فى بعض هذا العقار.

وإذا اقتسم الشركاء العقار المشترك فاخص كل منهم بناحية منه معينة صاروا بذلك جيرانا لا شركاء ولا يكون لأحدهم حق الشفعة فى نصيب الآخر إذا بيع - عند أبى حنيفة - إلا بسبب الشركة فى حق ارتفاق أو بسبب الجوار، كما سيأتى.

ويرى المالكية أن حق الشفعة إنما يثبت بالشركة إذا كانت في عقار يقبل القسمة على المشهور في المذهب، فيثبت فيه وفيما عليه من بناء وشجر إذا دخلا في البيع تبعاً، وذلك محل اتفاق بين أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد.

كما يثبت في البناء والشجر إذا كان في أرض محبسة على البائع وشريكه وذلك إذا اقتضت المصلحة إجارة أرض محبسة سنين فبنى فيها مستأجرها أو غرس بإذن ناظرها، على أن يكون ذلك له وكان المستأجر متعددًا فباع أحد المستأجرين حصته في البناء أو الشجر لأجنبي فإن حق الشفعة يثبت لسائر شركائه في البناء أو الغراس^(١) وكذلك يثبت حق الشفعة في الثمر إذا بقى على أصوله بعد بيعه فيكون لأحد الشريكين فيه إذا باع صاحبه حصته لأجنبي.

ويثبت كذلك في المثناة من بطيخ وبذنجان وقرع وبامية من كل ماله أصل تجنى ثمرته مع بقائه. ولا يثبت في الزرع كالبر والكتان وإن بيع مع أرضه تبعاً، كما لا يثبت في حيوان بيع تبعاً للأرض إلا إذا كان لبستان باع أحد الشركاء فيه حصته بما يتبعها من الحيوان والشجر فتثبت فيهما الشفعة حينئذ تبعاً^(٢).

ولا يثبت حق الشفعة فيما لا يقبل القسمة على المشهور في المذهب كالحمام والفرن، وهذه رواية ابن القاسم عن مالك، وفي رواية أخرى أنه يثبت ذكرها سحنون في المدونة، وهي مبنية على أن علة ثبوته دفع ضرر الشركة بخلاف الأولى فإن علة ثبوت الحق فيها دفع ضرر القسمة ولا قسمة فيما لا يقبلها.

ويرى الشافعية أن حق الشفعة يثبت بالشركة في العقار وما يتبعه من بناء وشجر وثمر غير مؤبر عند دخول ذلك تبعاً في بيعه، ولا يثبت فيما أفرد بالبيع من ذلك ولا في شجر جاف شرط دخوله في بيع عقار أو بيع مع مغرسه لانتفاء التبعية حينئذ. وكذلك حكم الثمر المؤبر عند اشتراط دخوله في البيع. وتثبت في أصول بقول تجز مرة بعد أخرى بجامع دخولها في البيع^(٣).

ويشترط في ثبوتها في العقار المشترك ألا يبطل بالقسمة نفع الشقص المأخوذ بالشفعة بأن يكون بحيث ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان له قبلها فلا شفعة بالشركة في حمام وطاحون ودار صغيرة لا تصلح مسكنين، وكذلك في الدار

(١) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠١. (٢) الشرح الصغير للدردير ج ٣ ص ٢٠٣.

(٣) المنهج ج ٢ ص ١٤٨.

الكبيرة إذا كان أحد الشريكين فيها لا يملك منها ما يصلح مسكنا وحده فلا شفعة فيه عند بيعه بخلاف ما إذا باع صاحب الجزء الكبير حصته فإن حق الشفعة يثبت فيه للشريك الآخر.

ويرى الحنابلة ثبوت حق الشفعة بالشركة فى عقار ينقسم جبرا دون مالا ينقسم كحمام صغير وبئر. ولا يثبت فيما ليس بعقار كالشجرة والبناء والحيوان إذا بيع شيء من ذلك مفردا، أما إذا بيع مع العقار فإن حق الشفعة يثبت فيه تبعا ولا يثبت فى ثمر ولا فى زرع وإن بيع شيء من ذلك تبعا للعقار^(١).

ودليل ثبوت حق الشفعة بسبب الشركة فى العقار حديث جابر رضى الله عنه وهو قوله : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخارى - ومعنى صرفت الطرق بينت اتجاهاتها، وذلك إنما يكون فى العقار بقسمته بين الشركاء وتخطيط الطرق المؤدية إلى كل قسم من أقسام العقار وعندئذ ينتهى الشيوخ وترتفع الشركة ويصبح الشركاء جيرانا.

ولا يرى المالكية والشافعية والحنابلة ثبوت حق الشفعة بغير هذا السبب خلافا للحنفية.

تزاحم الشركاء :

إذا بيعت حصة من عقار مشترك فلم يطلب أخذها بالشفعة إلا شريك فيه واحد استحقها وكان له حق أخذها. وإن طلبها أكثر من واحد فيما إذا تعدد الشركاء خلاف البائع كانت الحصة المبيعة بين الطالبين على السواء - عند الحنفية - لاستوائهم جميعا فى استحقاق أخذها بالشفعة، وهذه رواية عن أحمد واختارها ابن عقيل وإلى ذلك ذهب النخعى والشعبي وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى وذلك لثبوت حق الشفعة لكل شريك كاملا ولذا يستحق جميع المبيع عند انفراده بالطلب.

وذهب مالك والشافعى إلى قسمة الحصة المبيعة بين الطالبين من الشركاء على قدر أملكهم فيأخذ كل منهم نسبة ما يملك فى العقار المشفوع به، وإلى هذا ذهب الحسن وعطاء وابن سيرين وإسحاق وهو أصح الروايتين عن أحمد ذلك لأن حق الشفعة حق استفيد بسبب الملك فوجب أن يكون على قدره عند التنازع.

(١) منتهى الإرادات ج ١ / ٥٣٧، وكشاف القناع ج ٢ / ٢٧٩.

وإذا لاحظنا على هذا الاستدلال أنه لا يتم إلا إذا كان ما يستفاد من الملك متولداً منه كالثمار وما أشبهها وليس من هذا القبيل حق الشفعة، وأنه إنما يثبت لشريك وقاية من ضرر متوقع من شريك أجنبي دخيل وجميع الشركاء في ذلك سواء، وإن اختلفت حصصهم - إذا لاحظنا هذا تبييناً قوة ما استدلل به أصحاب الرأي الأول.

والشركاء في العقار في درجة واحدة لا أولوية لأحدهم على الآخر عند الحنفية والشافعية، وعلى أصح الرأيين عند الحنابلة خلافاً لما لك إذ يرى أنهم لا يعدون في شركتهم في درجة واحدة بالنسبة لاستحقاقهم الأخذ بالشفعة إلا إذا كانوا جميعاً أصلاء في اشتراكهم في العقار، وذلك بالألا تكون شركة بعضهم في العقار نتيجة وراثته لشريك فيه قد توفى أو نتيجة لشركته ابتداء في حصة شائعة من العقار متميزة في الاستحقاق عن باقي العقار، فإذا كانت حالة من هاتين الحالتين كانت درجة ورثة من توفى من الشركاء بالنسبة لما يباع من حصته أسبق من درجة الشركاء الآخرين الأصليين في العقار جميعه، وكانت درجة الشركاء في الحصة المستحقة لهم من العقار بصفته الخاصة أسبق من درجة الشركاء الآخرين في العقار بالنسبة لما يباع من هذه الحصة :

مثال الحالة الأولى : دار مشتركة بين أ، ب، جـ على الشيوع توفى أ عن د هـ ثم باع هـ حصته الموروثة لأجنبي فإن أخذها بالشفعة يكون من حق د ولا يكون لكل من ب و جـ إلا إذا ترك د حقه فيها وإذن يكون د أولى بالشفعة من ب، جـ فيما يباع من حصة المتوفى أ ولكن إذا باع ب شيئاً من العقار اشترك في الأخذ بالشفعة جميع الشركاء بما فيهم ورثة من توفى وهما د، هـ :

ومثال الحالة الثانية : لشخص دار وله ثلاث أخوات شقيقات وأم وأخت لأم توفى عنهن فإذا باعت إحدى الشقيقات حصتها في الدار لأجنبي كان حق الشفعة فيها للأختين الأخريين دون الأم والأخت لأم، لأن البيع جزء من حصة مستحقة ابتداء للأخوات الشقيقات، وهي الثلثان فيكون الأحق بالشفعة فيما يباع منها الشريك ابتداء فيها ويكون حق الشفعة بعد تسليم الأختين الشقيقتين الباقيتين لباقي الشركاء وهما الأم والأخت لأم.

ولكن إذا باعت الأم حصتها أو الأخت لأم حصتها كان حق الشفعة لجميع الورثة باعتبارهم شركاء في الدار.

والمثال الجامع للحالتين هو ما يلي :

دار مشتركة بين اثنين مات أحدهما عن جدتين وزوجتين وشقيقتين باعت إحدى الجدتين حظها من الدار لأجنبي أو إحدى الزوجتين أو إحدى الشقيقتين، فإن شريكتهما في السهم تكون أولى من بقية الورثة ومن الشريك الأجنبي فتكون الجدة أولى بأخذ حظ زميلتها لاشتراكهما في السدس فرضاً، وتكون الزوجة أولى بحظ ضررتها لاشتراكهما في الربع فرضاً، وهكذا فإذا تركت الشفعة من هي أولى بها كان الأحق بالأخذ بقية الورثة فلهم المبيع على قدر سهامهم دون الأجنبي الشريك. فإذا سلم الورثة جميعاً كان المبيع للشريك الأجنبي في الدار.

وفي المدونة ورث أبناء شخص داراً مشتركة بأقبيها لشريك أجنبي لأبيهم فمات أحد الأبناء عن أولاد فإذا باع أحد أولاد المتوفى حصته فيها قدم إخوته في الأخذ بالشفعة، فإن سلموا كانت الشفعة لأعمام البائع أولاد المتوفى الأول دون شريكه الأجنبي في الدار، فإن سلموا كانت الشفعة للأجنبي الشريك، ولو باع أحد الأعمام المذكورين شقصه فالشفعة لبقية الأعمام مع أولاد أخيهم المتوفى لقيامهم مقام أبيهم في الميراث.

وإذا كائن الشركاء في العقار أصحاب فروض وعصبة فباع أحد العصبة شقصه كانت الشفعة بين جميع الورثة الشركاء إذ ليس للعصبة سهم معين حتى يختصوا به دون أصحاب الفروض.

وإذا كان الشركاء ورثة وموصى لهم فباع أحد الموصى لهم سهمه كان الأحق بالشفعة بقية الموصى لهم ثم الورثة وقيل إن الموصى له لا يقدم على الوارث ولكن يقدم الوارث على الموصى له. «منح الجليل ج ٣ / ٦١٠».

وإذا كان المشتري الشقص أحد الشركاء في العقار كان للآخرين حق الأخذ بالشفعة فيما يخصهم من المبيع على أساس قسمتهم إياه على رؤوسهم فيما بينهم مشتريه أو على قدر أنصبتهم في العقار المشترك على الخلاف الذي أشرنا إليه فيما سبق، وروى عن الحسن والشعبي والبتي أن لا حق لشريك في أخذ شيء منه بالشفعة لأنها إنما تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل والمشتري أحدهم فلا ضرر في شرائه.

ثبوت الشفعة بالشركة فى حق ارتفاق :

ذهب الحنفية إلى أن حق الشفعة كما يثبت بالشركة فى العقار يثبت كذلك بالشركة فى حقه الخاص، ويريدون بحقه الخاص حق الشرب الخاص وحق الطريق الخاص وحق المسيل الخاص.

والشرب الخاص هو الشرب من مجرى لا تمر فيه صغار السفن. وقيل ما ينفرد ماؤه بين الشركاء فيه بحيث ينتهى ماؤه عند انتهاء مجراه. وقيل ما يحصى شركاؤه، واختلفوا فى حد الإحصاء فقال بعضهم: ما دون العشرة وقال آخرون: ما دون الأربعين وقيل: ما دون المائة وقيل ما دون خمسمائة والأصح أن اعتبار الشرب خاصا أو عاما مفوض إلى رأى القاضى (٢).

والطريق الخاص هو غير النافذ، ويريدون به أن يكون لأهله الحق فى منع غيرهم من أن يستطرقه وإن كان طريقا يصل بين طريقين. والمسيل الخاص ما يحصى عدد الشركاء فيه، وقيل يفوض ذلك إلى رأى القاضى (٣).

ولا يثبت حق الشفعة فى شرب عام كالشرب من نهر النيل، ولا فى طريق عام وهو ما لكل مار الحق فى استطرقه، ولا فى مسيل عام كمصرف عام. وثبوت حق الشفعة بالشركة فى الشرب الخاص وفى الطريق الخاص محل اتفاق عند الحنفية. أما ثبوتها بالشركة فى المسيل الخاص فمحل خلاف بينهم والأصح ثبوتها فيه (٤).

وبناء على ذلك إذا بيعت أرض لها شرب خاص كان لأصحاب الأراضى الأخرى التى لها حق الشرب من المجرى الخاص بها حق أخذها بالشفعة لا فرق بين أرض مجاورة للمبيع وأرض بعيدة، ولا بين أرض على حافة المجرى التى بها الأرض المبيعة وأرض على الحافة الأخرى، ولا بين أرض تروى منه مباشرة وأرض تروى بواسطة إمرار الماء من أرض أخرى إليها، ولا فرق بين أن يكون البيع لأجنبى أو لشخص له أرض تروى من هذا المجرى.

(١) صرفت الطرق أى بينت الشوارع والمعنى يثبت فى اتجاهاتها.

(٢) والمختار ج ٥ ص ١٥٥.

(٣) المرجع السابق والإسعاف ص ٢٣.

(٤) الهندية فى الشفعة.

وإذا تفرع من المجرى الخاص مجرى آخر فرعى فإن حق الشفعة فيما يباع من الأراضي التي تروى من المجرى الفرعى يثبت لأرباب هذه الأراضي فقط بخلاف ما إذا كانت الأرض المبيعة تروى من المروى الأصلي فإن حق الشفعة يثبت لأرباب جميع الأراضي التي تروى من الاثنين لأنهم جميعا شركاء فى الأصلي - وكذلك الحال فى الدور المشتركة فى طريق خاص .

وإذا كان لأرض حقان : حق فى شرب خاص وحق فى طريق خاص كان الشركاء فى الشرب أولى به من الشركاء فى الطريق عند تزاحمهم على طلبها ، كما أن الشريك فى الطريق الخاص أولى من الشريك فى المسيل الخاص عند التزاحم .

ومرجع ذلك إلى اختلاف الشركاء فى توقع الضرر بسبب ذلك فأكثرهم توقعا للضرر هو الشريك فى الشرب لأن فيه حياة الأرض ثم يليه بعد ذلك الشريك فى الطريق ودونهما الشريك فى المسيل ، ولا اعتبار بتعدد الاشتراك فى الحقوق الخاصة فلا يقدم شريك فى حق الشرب على آخر فى حق الشرب بسبب اشتراكه أيضا فى طريق خاص دون صاحبه ؛ لأن التقدم بقوة السبب لا يتعدده . ولا يرى مالك والشافعى وأحمد ثبوت حق الشفعة بهذا السبب .

ثبوت حق الشفعة بالجوار :

يرى الحنفية أن حق الشفعة يثبت للجوار إذا كان عقاره ملاصقا للعقار المبيع فى أى جزء من أى حد من حدوده ، امتد مكان الملاصقة أم لم يمتد ، ولا يشترط أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة بل يكتفى أن تتحقق مع العقار المبيع أو المبيع جزء منه ، وإن لم يكن المبيع ملاصقا بأخذه الشفعى فلا يثبت حق الشفعة فيه إلا لمن كان عقاره ملاصقا له نفسه دون سائر جيران الدار الأصلية لأن بيعه فى المرة الثانية كان مستقلا لا نظر فيه إلى تبعيته لأصله .

ومن الجوار الملاصق اتصال العلو بالسفل فيثبت لكل من صاحب العلو والسفل حق الشفعة إذا بيع ما تحته أو ما يعلوه وإن كان بناء ؛ وذلك بسبب الجوار ، وكذلك يعتبر اتصال كل من السفلى والعلو بالأرض المجاورة وما عليها من البناء من قبيل الجوار الذى يترتب عليه ثبوت حق الشفعة .

مراتب الشفعاء :

إذا بيعت حصة من عقار فطلب أخذها بالشفعة الشركاء فى العقار المبيع والشركاء فى الحق الخاص والجيران الملاصقون كان أولاهم الشركاء فى العقار على الترتيب السابق ذكره لا يفضل أحدهم على الآخرين، وإن امتاز عنهم بسبب آخر من أسباب الشفعة فإذا رغبوا جميعا كان أولاهم الشركاء فى الحق الخاص على الترتيب الذى بيناه ولا يفضل أحدهم على غيره بجوار أو بشركة فى حق آخر فإذا رغبوا عنها جميعا كانت للجيران الملاصقين لا يفضل أحدهم على باقيهم بطول مكان التلاصق، وكذلك إذا رغب مستحق الشفعة عن بعض ما يستحق فإن حق أخذه بالشفعة يكون لمن هو فى مرتبته أو لمن بعده من الشفعاء فى المرتبة على حسب ما بينا فى الترتيب السابق مع ملاحظة عدم تفرق الصفقة على المشتري منعا لضرره.

وإنما قدم الشركاء فى العقار على غيرهم لأنهم أقوى اتصالا وأشد حاجة إلى المبيع غالبا وأعظمهم خوفا من ضرر يتوقع، ثم يليهم فى ذلك الشركاء فى الحق الخاص، ثم يليهم فى ذلك الجيران، فكانوا على هذا الترتيب. ويروى الحنفية فى ذلك عن رسول الله ﷺ : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع ». وفسروا الخليط بأنه الشريك فى الحق والشفيع بالجار. وقد ذكر الجوزى هذا الحديث فى التحقيق، وقال فيه أنه حديث لا يعرف.

وقد روى عن أبى يوسف رواية أخرى هى أن الشركاء فى العقار إذا وجدوا كان لهم الحق دون غيرهم وحجبوا من يليهم فلا يكون لغيرهم حق مع وجودهم سواء طلبوه أم لا، وإذا تنازلوا عنه سقط ولا يكون لمن بعدهم. وكذلك الحال بالنسبة للشركاء فى الحق الخاص مع الجيران.

ولأن حق الشفعة حق لا يقبل التجزئة كان لكل من الشفعاء كاملا ولما لم يكن إعطاء المبيع لكل منهم كاملا وجب عند تراحمهم قسمته بينهم على الأساس السابق ذكره، ولذا عند تعدد الشفعاء من مرتبة واحدة يقسم بينهم على التساوى كما بينا.

من له حق الشفعة فى القوانين العربية :

ذكرنا فيما سبق أن القانون المدنى السورى قد خلا من بيان الشفعة وأحكامها

إذ رأى الشارع السورى عدم الأخذ بشرعية الشفعة، وهذا رأى لبعض الفقهاء، منهم أبو بكر محمد بن الحسن الأصم المتوفى فى سنة ٣٢٠ هـ ولم ير هذا رأى الشارع المصرى ولا الشارع العراقى ولا الشارع الليبى، وفى المادة ٩٣٦ مدنى مصرى أن الحق فى الشفعة يثبت للآتى بيانهم على الترتيب الآتى :

١ - لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه، فيكون لمالك الرقبة حق أخذه بالشفعة، وكذلك إذا بيع الحق الملابس للرقبة من حق الاستعمال أو حق السكنى فى الأحوال التى يجوز فيها لصاحب هذين الحقين النزول عنهما كما تدل على ذلك المادة ٩٩٨ مصرى وهى التى تقضى بسريان الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على هذين الحقين متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين، وليس لحق الانتفاع على وضعه وأحكامه فى الشريعة الإسلامية وجود كما بينا فيما سبق، ولذا لم يكن فيها بيع لحق انتفاع حتى تثبت فيه الشفعة إذ البيع لا يكون إلا فى الأعيان ولا يكون فى المنافع، وكذلك الحال بالنسبة لحق الاستعمال وحق السكنى فليسا محلا للبيع.

٢ - للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى .

وثبوت حق الشفعة للشريك فى العقار المشترك على الشيوع هو مذهب جمهور الفقهاء كما تقدم. غير أن الحق لا يثبت له فى نظر القانون إلا إذا كان البيع لأجنبى غير شريك. أما إذا كان لأحد الشركاء فى العقار فلا تثبت فيه الشفعة، وذلك رأى لبعض الفقهاء كما قدمنا.

٣ - لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها، وليس لمالك انتفاع شفعة فى العين المنتفع بها فى نظر فقهاء الإسلام. وبمقتضى المادة ٩٩٨ مدنى مصرى يثبت لصاحب أحد هذين الحقين الشفعة فى الرقبة الملابس لهما إذا بيعت، ولا يتفق ذلك مع قواعد الشريعة فى الشفعة كما بينا.

٤ - لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر عليها وللمستحكر أيضا إذا بيعت الرقبة وليس يسوغ ذلك فى الفقه الإسلامى.

٥ - للجار المالك فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أو فى القرى .

(ب) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة دون تعيين لحق الارتفاق .

(ج) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

ولم يجعل القانون الليبي حق الشفعة إلا للثلاثة الأولين المذكورين (م ٩٤٠) .

أما القانون العراقي فأنشأه للشريك في العقار الشائع ثم للخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع دون تعيين له ثم للجار الملاصق في حالتيه فقط :

(١) إذا كان العقاران المشفوع فيه من الدور أو من الأراضي المعدة لبناء الدور .

(٢) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار أو كان لعقار الجار حق ارتفاق على العقار المبيع .

ونص المادة ٩٣٧ فقرة ٢ مدني مصري على أنه عند تراحم الشفعاء من طبقة واحدة يكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه، كما نص في الفقرة ٣ على أن المشتري إذا كان من الشفعاء فإنه يفضل على غيره من الشفعاء في طبقته أو في طبقة أدنى ولكن يتقدمه من هو من طبقة أعلى، وبذلك أخذ القانون العراقي م ١١٣٢، ويخالفه القانون الليبي فيجعل استحقاق كل شافع على قدر نصيبه، ولكن لا يفضل المشتري إذا كان شافعا على غيره من الشفعاء من طبقته م ٩٤١ .

أما القانون العراقي فإنه يجعل الشفعاء في استحقاقهم الشفعة على التساوى إلا أنه فيما بين الخلطاء يقدم الأخص على الأعم، فمن له حق اشتراك في حق شرب في الخرق المتشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب في ذلك النهر ويقدم الخليط في حق الشرب على الخليط في حق المرور (م ١١٣١) .

اختلاف الفقهاء فيما تجب فيه الشفعة وفي سبب ثبوتها :

يرى الجمهور من الفقهاء أن الشفعة لا تثبت إلا في العقار ولا تثبت في منقول حيوان أو غير حيوان، ويرى غيرهم أنها تثبت في كل شيء مشترك عقارا أو منقولا .

ومن يرى منهم ثبوتها فى العقار خاصة فريقان: فريق يذهب إلى أنها لا تثبت إلا فيما يقبل القسمة منه، أما ما لا يقبل القسمة فلا تثبت فيه الشفعة، فهذه مذاهب ثلاثة :

الأول : ثبوتها فيما يقبل القسمة من العقار فقط، وما يعد ملحقا به على ما بينا وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة.

وقد استدلوا بعدة أحاديث أصحها ما رواه البخارى عن جابر رضى الله عنه: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

وفى لفظ : إنما جعل رسول الله ﷺ «الشفعة فى كل ما لم يقسم» إلى آخر الحديث. وعن جابر أيضا : الشفعة فى كل شرك فى أرض أو ربع أو حائط. وعن جابر أيضا قال رسول الله ﷺ : « من كان له شريك فى نخل أو ربة فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضى أخذ وإن كره ترك ». وإسناده على شرط مسلم، كما يستدلون بما روى عن عبادة بن الصامت: قضى رسول الله بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور.

ويرى أرباب هذا رأى أن الشفعة قد شرعت لرفع ضرر القسمة وذلك بجمع العقار فى ملك شريك واحد فإن لكل واحد من الشركاء أن يطالب بالقسمة، وفى إجراءاتها مؤونة وضيق فى المرافق بعد أن كان كل شريك يرتفق بالعقار جميعه وبأى وضع منه شاء فإذا وقعت الحدود ضاق به العقار وقصر على موضع منه فمكته الشارع بحكمته من رفع هذا الضرر بأن جعله أحق بالمبيع من الأجنبى حتى يكون له العقار جميعه.

ولا يثبت الحق عندهم إلا للشريك فى العقار الذى بيعت منه حصة أو فيما ألحق به من المنقول على ما بينا فيما سبق.

الثانى : ثبوتها فى العقار مطلقا قبل القسمة أم لم يقبل. وهو مذهب الحنفية الذين يرون أن شريعة الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر المترتب على الشركة فى العقار أو المتوقع من دخيل أو من جار سوء يؤذى جيرانه ببوائقه؛ ولذا يشتون حق الشفعة للشريك فى العقار ثم للشريك فى حق الارتفاق الخاص ثم للجار الملاصق على ما بينا فيما سبق، ويلحقون بالعقار السفلى والعلو فإذا بيع العقار شئت فيه حق الشفعة لصاحب السفلى كما يثبت لصاحب العلو إذا بيع السفلى، ولا يلحقون بالعقار بناء المحتكر على الأرض المحتكرة وإن كان له حق القرار.

ويستدلون بآثار عديدة نذكر بعضها فيما يلي :

١ - ما رواه أبو داود وأحمد والدارقطني وابن ماجه وهو قوله ﷺ : «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا» .

٢ - ما رواه أحمد وأبو داود و الترمذى وصححه وهو قوله ﷺ : «جار الدار أحق بالدار من غيره» .

٣ - ما رواه أحمد والنسائي وابن ماجه وهو قوله ﷺ : «الجار أحق بسقبة ما كان» .

٤ - ما روى عن على وعبدالله قالا : قضى رسول الله بالشفعة للجوار .

وقالوا إن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بها فيما ينقسم إذ يمكن رفعه بالقسمة، وإذا كان الشارع قد أراد رفع الأدنى فالأعلى أولى برفعه . وكان إثبات الشفعة فيما ينقسم دالا بطريق الإشارة على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة . والضرر المتوقع من الشركة فى المرافق أشد من المتوقع من الجوار وذلك بسبب الاشتراك فى الانتفاع وما قد يحدث فيه من تعارض فى زمنه أو مكانه أو طريقته فكان كالضرر المتوقع من الشركة فى العقار نفسه وكان ثبوت الشفعة فى الجوار دليلا على ثبوتها فى الشركة فى حق الارتفاق .

ولقد جاء فى صحيح البخارى من حديث عمرو بن الشريد قال : جاء المسور بن مخرمة فوضع يده على منكبى فأنطلقت معه إلى سعد بن أبى وقاص فقال أبو رافع : ألا تأمر هذا أن يشتري منى بيتى الذى فى داره فقال لا أزيد على أربعمائة منجمة، فقال : قد أعطيت فيه خمسمائة نقدا فمنعته، ولولا أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : «الجار أحق بسقبة ما بعثك» «السقب - أو الصقب : القرب» .

الثالث : ثبوتها فى كل مال مشترك عقارا أكان أم منقولا حيوانا أم غير حيوان . فيثبت فى كل مال مشترك من الحيوان والثياب والشجر والجوهر والدور الصغار التى لا يمكن قسمتها والآلات ونحوها، وهذا مذهب عطاء وجابر وقول أهل مكة وأهل الظاهر، ونص عليه أحمد فى رواية حنبل، فقد قيل لأحمد : دابة تكون بين رجلين أو حمار أو ما كان من نحو ذلك فقال : هذا كله أوكد لأن خليطه الشريك أحق به بالثمن . وهذا لا يمكن قسمته فإذا عرضه على شريكه وإلا باعه بعد ذلك . ويستدل هؤلاء أيضا بحديث جابر وهو قوله : قضى رسول الله

وَاللَّهُ بِالْشَفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يَقْسَم. وهذا عام يتناول المنقول والعقار. وبما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شيء الأرض والدار والجارية والخادم». وبما روى عن ابن جزيج عن عطاء عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء. ورواته ثقات.

وقالوا إن ضرر الشركة ثابت في كل مال مشترك وهو فيما لا يقسم أشد منه فيما يقسم، ومن المنقول ما لا تتصور قسمته كالحيوان وماتصره القسمة كالجوهرية. والشفعة في مثل ذلك أظهر مصلحة منها فيما يقسم من العقار. وإنما شرعت الشفعة لرفع ضرر الشركة وذلك أمر ثابت في العقار والمنقول بل هو في المنقول أظهر منه في العقار.

وقد وردت الآثار بثبوتها في العقار والمنقول وليس الضرر في أحدهما بأشد من الضرر في الآخر. وإذا كان ما ورد من الأحاديث في ثبوت الشفعة في المنقول فيه مقال فإن في كثرتها وتعدد طرقها ما يرفعها إلى مستوى الاستدلال بها. وهذا إلى أن سبب مشروعيتها لا يقتصر فيما يظهر على العقار بل يتناول المنقول أيضا والمصلحة فيها عند ثبوتها في المنقول بينة واضحة وبخاصة فيما لا يقبل القسمة كالحيوان والآلات فإن في ثبوتها في مثل ذلك رفع ضرر بين الشريك وفيها مصلحة ظاهرة له والرسول يقول: «لا ضرر ولا ضرار». وقد قيل: حيث ثبتت المصلحة فثم شرع الله.

متى يثبت حق الشفعة للشفيع:

وإنما يثبت حق الشفعة للشفيع في المشفوع فيه إذا أخرجه مالكة من ملكه بمعاوضة وكان العوض فيها من الأموال وكان خروجه من ملكه على وجه بات، فإذا أخرجه من ملكه على وجه ليس ببات لم تثبت فيه الشفعة؛ لأن حق مالكة لا يزال متعلقا به وهو أولى من غيره. ومن ذلك إذا باع العقار بيعا فاسدا فقبضه المشتري؛ إذ إنه في هذه الحال يخرج من ملك مالكة ويتملكه المشتري ولكن على وجه غير بات؛ إذ يجب على كل منهما فسخ العقد ورد المبيع إلى بائعه ولكن إذا أصبح هذا الملك باتا بأن فعل المشتري في المبيع ما يمنع رده إلى بائعه، ثبتت فيه الشفعة حينئذ لانقطاع حق بائعه في استرداده، وذلك كأن يزيد فيه المشتري زيادة لا يمكن أن يسلم إلى بائعه بدونها. وفي هذه الحال يتملكه الشفيع بقيمته لا بالثمن المتفق عليه، كما نص على ذلك صاحب المبسوط في ج ١٥ ص ١٤٩ وإلى هذا ذهب الحنفية.

وبناء على ذلك لا يثبت حق الشفعة للشفيع إذا خرج المبيع من ملك صاحبه بغير معاوضة كأن وهبه بدون اشتراط عوض أو وقفه أو أوصى به أو انتقل العقار بوفاته إلى ورثته؛ ذلك لأن تملك العقار بالشفعة لم يشرع إلا في معاوضة فلا يثبت عند التبرع به لأن مالكة عند تبرعه إنما يتبرع به لغرض خاص لا يتحقق بالتبرع لغير من تبرع له، ولا يقبل أن يملكه بقيمته من المتبرع له لأن ذلك إن جاز فإنما يتم بمعاوضة جديدة يجب أن تؤسس على الرضا من المتبرع له باعتباره ملكا وذلك غير متحقق.

والأمر على خلاف ذلك عند التملك بالشفعة فإن الشفيع يملك المبيع بتوجيه الصفقة التي كانت للمشتري إليه ورد ما يتكبده من ثمن ونفقات إليه ولم تكن هناك حاجة إلى رضاه وذلك محل اتفاق بين الأئمة.

وكذلك الحكم عند الخنفة إذا أخرج العقار صاحبه من ملكه بمعاوضة ليس العوض فيها مالا : كأن جعله مهرا أو بدل خلع أو أجرا على عمل فإن حق الشفعة لا يثبت فيه لأحد لأن التملك بالشفعة إنما شرع بمثل ما يملكه به من صار إليه أو بقيمته . ولا يمكن ذلك في هذه الأحوال لأن البذل فيها ليس بمال فلا مثل له ولا قيمة ، ولذا لم يكن أخذه بالشفعة مشروعا .

وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل . وذهب الشافعي إلى ثبوت الشفعة في هذه الأحوال لإمكان تقويم العوض فيها والأخذ بقيمته ، فإذا جعل العقار مهرا أخذه الشفيع بمهر المثل ، وكذلك إذا جعل بدل خلع ، وإذا جعل بدل عمل أو منفعة أخذه بأجر مثل العامل أو بالأجرة المعروفة لهذه المنفعة .

وذهب مالك أيضا إلى إثبات الشفعة في هذه الأحوال ، غير أن الشفيع إنما يأخذ العقار بقيمته لا بقيمة بدله وهذا أعدل ، تجنبنا لما يكون في مثل هذه الأحوال من التسامح زيادة أو نقصا .

وعلى ذلك فالشفعة إنما تثبت عند بيع المبيع أو عند الهبة بشرط العوض لما أريد تملكه أو عند جعله بدل صلح سواء أكان المصالح مقرا بالدعوى أم منكرا لها أما إذا كان هو المصالح عليه بأن كان هو المطلوب فصالح المدعى عليه مدعيه بمال ، فإن كان ذلك بعد إقرار بالدعوى ثبتت الشفعة له لتحقيق المعاوضة حيثئذ أما إن

كان بعد إنكار فلا تثبت الشفعة عند ذلك إذا لم يتبين بهذا الصلح أن العقار كان ملكا للمدعى وانتقل بالصلح إلى ملك المدعى عليه لجواز أن يكون البذل إنما دفع تجنباً للنزاع وتركاً للخصومة.

المشفوع به :

يجب فى المشفوع به أن يكون عقاراً عند من يقصر شريعة الشفعة على العقار فلا تستحق الشفعة بمنقول؛ لأن سبب استحقاقها إما الشركة - ولا شفعة فى منقول مشترك عند الجمهور - وإما الاشتراك فى حق خاص من شرب أو طريق أو مسيل وليس يقرر شئ من هذه الحقوق على منقول. وأما الجوار فهو فى المنقول غير دائم ولا مستقر، ولا يترتب حق الشفعة إلا على الجوار الدائم المستقر وهو لا يكون إلا فى العقار. وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار فأثبتوا لصاحب العلو الشفعة فى السفلى عند بيعه وذلك بسبب الجوار.

وإنما يثبت لصاحب العلو حق أخذ السفلى بالشفعة إذا كان بناؤه قائماً، أما عند انهدامه فليس له حق الشفعة عند أبى يوسف خلافاً لمحمد إذ أثبت له حق أخذه بالشفعة فى هذه الحال؛ لأنه يرى أنه إنما يستحق الأخذ بالشفعة عندئذ بحق القرار وهو باق بعد انهدام البناء، وهذا أرجح القولين.

وكذلك يجب أن يكون ما يشفع به من العقار مملوكاً للشفيع وقت عقد البيع وأن يستمر ملكه إلى أن يتملك ما يشفع فيه فإذا أقدم على بيعه قبل أن يتملك ما يشفع فيه سقط حقه فى الشفعة، ثم لم يكن لمن اشترى منه حق الأخذ بالشفعة؛ لأنه لم يكن مالكا وقت عقد البيع، وكذلك الحكم إذا زال ملكه بسبب آخر كوفاته فلا يكون لوارثه حق الأخذ بالشفعة عند الحنفية كما سيأتى. وليس لمستحق فى وقف عقار أن يشفع به لأنه غير مالك لما يشفع به.

وراثه حق الشفعة :

يذهب الحنفية إلى أن حق الشفعة لا يورث؛ إذ هو إرادة ومشئنة وتلك صفة شخصية ليست محلاً للوراثه، ولا يثبت لوارثه بانتقال المشفوع به إليه لأنه لم يكن مالكا وقت عقد البيع. ولو كان ذلك بعد طلب المورث الأخذ بالشفعة.

وخالف فى ذلك المالكية والشافعية فأثبتوا للوارث حق الأخذ بالشفعة إذا انتقل ملك العقار المشفوع به إليه فى أى وقت؛ لأنه حق من حقوق العقار الموروث فيثبت للمالكه .

وذهب أحمد إلى أنه يثبت للوارث إذا ما كانت وراثته بعد تقرر هذا الحق بالمطالبة أما قبلها فلا وذلك لتأكيد به، وهذا القول مبنى على أن الشفيع لا يملك المشفوع فيه بمجرد المطالبة به، وهو أحد قولين للحنابلة، أما على القول الآخر فالوارث يرث بعد المطالبة العقار المشفوع به لأنه صار من التركة .

طريق الأخذ بالشفعة

لا يملك الشفيع العقار المبيع إلا إذا طلب أخذه بالشفعة ولا يؤدي طلبه إلى ذلك إلا إذا اجتمع فيه أمران :

أحدهما : أن يعم العقار المبيع جميعه : سواء أكان له وحده حق الشفعة أم تعدد الشفعاء فيه، وسواء أكانوا في مرتبة واحدة أم من مراتب مختلفة، وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد أو من أكثر من واحد. فإذا بيع جزء من عقار مشترك وله حق ارتفاق خاصة وله جيران فلكي يتمكن كل من له حق الشفعة من الشركاء في العقار أو من الشركاء في المرفق الخاص أو من الجيران من أن يملك بالشفعة إذا ما صار له الأولوية فيها يلزمه أن يطلب أخذ جميعه بالشفعة عند علمه بالبيع.

فإذا طلب أحد الشفعاء أن يأخذ ما يخصه منه فقط ولم يطلب بقيته اعتماداً على أنها حق لغيره من الشفعاء لم يكن لهذا الطلب اعتبار وسقط بسبب ذلك حقه في الشفعة عند محمد إلا أن يكون مسبقاً بطلب الكل. وقال أبو يوسف لا يسقط بذلك حق الشفيع لأن حقه في أخذ كل المبيع ثابت فلا يسقط حقه إلا بمسقط له ولم يوجد. فإن شاء عاد فطلب الكل وإن شاء ترك الأخذ بالشفعة وليس له أن يكتفى بما طلب حتى لا تتجزأ الصفقة. وهذا مذهب مالك^(١) والشافعي وأحمد. ووجه قول محمد أنه لطلبه بعض العقار أبطل حقه في أخذ بعضه الآخر لتركه المطالبة به مع القدرة عليها، والشفعة حق شرع غير قابل للتجزئة حتى لا يضار المشتري فيسقط بذلك حقه، وقد يترك شريكه في الشفعة حقه في هذه الحال فتبقى حصته للمشتري، وإذا رضى بتجزئة الصفقة وعند ذلك يصير شريكاً لهذا الشفيع الذي طلب البعض وقد يتوقع الشفيع من مشاركته ضرراً فيضار بذلك في حين أنه لم يقدم على طلب الأخذ بالشفعة إلا تجنباً لمضاره إذا ما صار شريكه في العقار.

وعلى ذلك لو كان للعقار المبيع شفيعان فقط فطلب كل منهما أخذ نصفه بالشفعة سقط حق كل منهما عند محمد، وإذا طلب أحدهما نصفه وطلب الآخر جميعه سقط حق من طلب النصف وكان المبيع للآخر إن رغب وإلا ترك حتى

(١) حاشية الصاوي ج ٢ ص ٢٠٦، ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١١ وما بعدها، وكشاف القناع ج ٢/٣٨٣.

لاتتجزء الصفقة، ولو أن الشفيع طلب أخذ العقار جميعه بالشفعة كان له أن يأخذ بعضه ليكون باقيه للمشتري إذا ما اتفق معه على ذلك ما لم يكن هناك شفيع آخر أدنى مرتبة وقد طلب الأخذ بالشفعة فإنه حينئذ يقدم على المشتري فيما ترك الشفيع الأول إذا ما أراد أخذه.

وهذا الذى ذكرناه من الأحكام إذا لم يتعدد البائع أو المشتري أو المبيع أو العقد، فأما إذا تعدد العقد فبيعت دار أو حصة شائعة فيها على صفقات كان للشفيع أن يأخذ جميع ما بيع من الصفقات كلها وأن يقتصر على ما بيع فى إحداهما أو يضم إليه غيره من مبيعات الصفقات الأخرى إذ إن له الحق فى أخذ كل مبيع استقلالاً عند بيعه بحق الشفعة سواء أتعدد كل من المشتري والبائع أم لا. وإذا كانت الصفقة واحدة وتعدد فيها المشتري كان للشفيع أن يأخذ كل المبيع وأن يقتصر على حصة أى مشترٍ من المشتريين أو أكثر.

ذلك لأن كل حصة مبيع مستقل بالنسبة لمشتريها فلا تتجزأ الصفقة بالنسبة إليه وقد يرضى الشفيع بمشاركة أحدهم فلا يطلب حصته ولا يرضى بمشاركة الآخرين فيطلب حصصهم وإن كان المشتري فيها واحداً لزم الشفيع أن يأخذ كل المبيع أو يترك حتى لا تتجزأ الصفقة سواء فى ذلك أكان البائع واحداً أم أكثر.

وقد جاء فى المبسوط ج ١٤ ص ١٠٤ أن العبرة فى التعدد وعدمه بمن باشر العقد. فإذا اشترى عن عدة أشخاص وكيل واحد عنهم اعتبر المشتري واحداً بالنسبة إلى الوكيل وكان على الشفيع أن يأخذ كل المبيع أو يترك لأن الوكيل فى الشراء يشترى لنفسه أولاً، وإن كان الملك يثبت لموكله ابتداءً أو فى ثانى الحال على الخلاف فى ذلك.

وذهب الشافعى وأحمد إلى أنه لا فرق بين تعدد المشتري وتعدد البائع فللشفيع فى الحالين أن يأخذ جميع ما بيع وأن يقتصر على حصة أى بائع أو أى مشتر أو يضم إليها حصة غيره، وذلك لأن العقد عندهما يتعدد بتعدد البائع أو المشتري فى العقد^(١) دون نظر إلى وكيليهما.

(١) الروض ج ٥ ص ٣٧٦، كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨٥، والشراملى ج ٥ ص ٢١٣.

وقد روى هذا عن أبى حنيفة، إذا كان الأخذ بالشفعة قبل التسليم إلى المشتري لأن المبيع حينئذ مجزأ بتعدد بائعيه، أما بعد التسليم إلى المشتري فلا؛ لأنه بعد التسليم أصبح واحدا بالنسبة إليه.

وروى عن مالك أن العبرة بتعدد العقد ولا عبرة بتعدد العاقلين أو الحصص، فإن تعدد العقد تعدد حق الشفعة وإلا لم يتعدد: سواء أعدد البائع والمشتري والمبيع أم لا على الأصح^(١).

وإذا كان المشتري واحدا وتعدد المبيع بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد فإن كان الشفيع فيهما جميعا لم يكن له إلا أن يأخذ الدارين جميعا أو يترك عند أئمتنا الثلاثة حتى لا تتجزأ الصفقة على مشتريها، وقد يكون المشتري راغبا عن إحدى الدارين ولم يشترها إلا لأجل شراء الثانية فلا يجوز أن يلحقه في ذلك ضرر بأخذها منه وحدها. وذهب زفر إلى أنه يجوز للشفيع أن يأخذ إحدى الدارين شاء لأن المانع من تجزئة الصفقة إنما هو ضرر الشركة ولا شركة في مثل هذه الحال فلا فرق في ذلك بين أن تكون الداران متلاصقتين أو في بلدين مختلفين، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد أيضا إذا كان المبيع حصة من دارين؛ لأن الأخذ بالشفعة حينئذ على هذا الوجه لا يفضى إلى تبعض الشقص الواحد^(٢). وإذا كان الشفيع شفيعا في إحدى الدارين لم يأخذ إلا ما هو شفيع فيه فقط دون الأخرى على الأصح^(٣).

تنازل بعض الشفعاء عن حقه:

ولو أراد شفيع أن يتنازل عن حقه لبعض الشفعاء الشركاء معه لم يكن له ذلك لأنه لم يملك شيئا ولو فعل كانت حصته بين جميع الشفعاء.

ثانيهما - أن يطلب الشفيع الأخذ بالشفعة في مجلس علمه بالبائع والمبيع والضمن والمشتري سواء أعلم بذلك عقب العقد مباشرة أم بعده ولو بسنين ويتحقق العلم بأي طريق يغلب به على ظنه صدق الخبر فإذا وصله بطريق لا يفيد ذلك عادة فلم يصدق ولم يطلب لم يسقط حقه.

(١) منح الجليل ج ٧ ص ٦٠٧.

(٢) الروض ج ٥ ص ٣٧٦، كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨٥، والشيراملى ج ٥ ص ٢١٣.

(٣) رد المختار في آخر الشفعة والمبوط ج ١٤ ص ١٥٩.

وإذا علم الشفيع بالبيع والثلث ويعلم بالمشتري فلم يطلب الأخذ بالشفعة ثم علم بعد ذلك بالمشتري كان له حق الطلب عند العلم به .

وكذلك إذا علم بالبيع وبالمشتري ولم يعلم الثلث أو علم به عن زيادة فيه فلم يطلب الأخذ بالشفعة كان له حق الطلب عند علمه بالثلث على حقيقته وبناءً على ذلك إذا ذكر له ثمن أقل من الثلث الذى تم عليه التعاقد فلم يطلب فإن حقه يسقط ولم يكن له حق طلب الشفعة بعد ذلك إذا علم بالثلث على حقيقته؛ لأن رغبته عن الشفعة عند قلة الثلث دليل رغبته عنها عند زيادته . وإذا علم بالثلث الذى تم عليه العقد فلم يطلب ثم علم بعد ذلك أن البائع قد حط منه فإن له حق الطلب عند العلم بذلك . ومثل ذلك فى الحكم ما إذا علم أن البائع زاد المشتري فى المبيع بعد أن رغب عن الشفعة؛ لأن ذلك فى معنى الخط من الثلث، وكذلك إذا علم أن المبيع بعض دار فلان فرغب ثم علم أنه جميع الدار كان له حق الطلب عند العلم بذلك؛ لأن الإعراض عن الجزء قد يكون لعدم وفائه بحاجته، وإذا كان العكس لم يكن له حق الطلب فى ظاهر الرواية لأن الإعراض عن الكل يعجزه عن جزئه . وقيل: يكون له حق الطلب لأن الإعراض عن الكل قد يكون لعجزه عن ثمنه . ولعل ما فى ظاهر الرواية مبنى على اتحاد الثلث فى الحالين .

وعلى ذلك إذا علم الشفيع بالبيع وبالثلث وبالمشتري فلم يأذن لهذا الخبير وأعرض مشتغلاً بغيره سقط حقه فى الشفعة لتغير المجلس بإعراضه عن طلبه، ولكن إذا سمع الخبير فأخذ ينظر ويتروى ويوازن بين العقار وثلثه ثم طلب بعد ذلك فى مجلسه لم يسقط حقه . فإن قام من مجلسه دون أن يطلب سقط حقه إذ لا يمتد وقت الطلب إلى ما بعد المجلس لأن حق الشفعة حق ضعيف فتجب المبادرة إلى طلبه لقوله ﷺ : «الشفعة لمن واثبها» أى أسرع إلى طلبها . ولذا سمي هذا الطلب بطلب المواثبة، وهذا هو رأى الصحيح خلافاً لرأى من ذهب إلى أن الطلب يجب أن يكون فور العلم فإن لم يفعل ذلك بلا عذر سقط حقه فيها وهذا ما جاء فى ظاهر الرواية .

وجمله القول فى ذلك أن آراء الفقهاء قد اختلفت فى مقدار المدة التى يكون فيها للشفيع حق المطالبة بالشفعة بعد علمه فإذا مضت دون طلب سقط حقه فيها،

فالحنفية يرون أن هذا الحق يستمر له طيلة مجلس علمه ما دام لم يصدر منه ما يدل على الإعراض وهذه رواية الكرخي . ومنهم من ذهب إلى وجوب المبادرة بالطلب فور العلم وإلا سقط حقه، وهذا ما ذكره ابن رستم عن محمد، وذكر هشام أن السكوت مدة قصيرة أو قول الشفيع سبحانه الله أو الله أكبر أو خلصني الله من فلان وسؤاله عما يتصل بالعقد كل ذلك لا ينافي المبادرة ولا تبطل به الشفعة إذا ما حدث بعد العلم ومذهب الشافعي وأحمد قريب من ذلك .

وذهب الثوري إلى أن مدة الطلب تقدر بيوم فإذا مضى بعد العلم بلا طلب سقط الحق . وذهب ابن أبي ليلى إلى أنها تقدر بثلاثة أيام، وذهب المالكية إلى أنها تقدر بالنسبة إلى من حضر العقد شهرين سواء أشهد على وثيقة العقد أم لا فإن لم يحضر العقد وعلم كانت المدة له سنة، ويرى ابن رشد أن سقوط الحق بمضي شهرين بلا طلب مشروط بأن يكون الشفيع قد كتب شهادته على وثيقة العقد أما من لم يكتب فالمدة له سنة . وهذا كله إذا كان الشفيع حاضرا ببلد العقد فإن كان غائبا لم يسقط حقه وإن طال غيبته سواء أكان عالما بالعقد أم غير عالم إلا أن تطول غيبته إلى درجة يجهل فيها أصل البيع أو يموت شهوده وهذا لا يمنع أن يطالب الشفيع بأن يسارع إلى طلب للأخذ بالشفعة أو يترك منعا للضرر عن المشتري وأن يجبره الحاكم على ذلك . وإذا أخذ ولم يحضر الثمن أمهل لذلك ثلاثة أيام فإن أدى الثمن وإلا سقط حقه^(١) . هذا وينبغي أن يشهد الشفيع على هذا الطلب إذا استطاع لكي تكون له حجة على إثباته عند جحوده .

وذهب الحنابلة إلى أنه يجب على الشفيع المطالبة بالشفعة فور العلم بالبيع وذلك بأن يقول : أطلب الشفعة أو آخذ بالشفعة ونحو ذلك فإن أخره بلا عذر سقطت شفعته ولا يعد الجهل باستحقاقها ولا الجهل بوجوب المبادرة إلى الطلب فور العلم عذرا، وإذا كان الشفيع غائبا عن بلد العقار فعلم، وجب عليه الإشهاد على تمسكه بالأخذ بالشفعة وليس يضره بعد ذلك تأخير الطلب؛ لأن إشهاده دليل رغبته فيها . وإذا انتقل إلى المشتري في البلد الذي هو فيه لمطالبتها بالشفعة ولم يشهد غنى تمسكه بها قبل انتقاله سقطت شفعته كما تسقط بتركه الطلب مع

(١) منح الجليل ج ٣ ص ٥٩٨ .

حضور المشتري ولا يضير تأخير الإشهاد لعذر. وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب ولم يشهد ثم تبين له بعد ذلك أن الثمن أقل مما علم وأن المبيع أكثر مما علم أو أن المشتري شخص آخر غير من علمه أو أن الثمن كان من جنس آخر خلاف ما علم لم تسقط شفيعته وكان له حق الطلب، ولكن إذا بان له أن الثمن أكثر مما علم لم يكن له حق الطلب؛ لأن من لم يرض بالقليل لا يرضى بالكثير، وكذلك إذا تبين له أن المبيع أقل مما علمه بنفس الثمن.

طلب التقرير - وقته - مكانه :

إذا انتهى الشفيع من هذا الطلب لزمه كذلك للمحافظة على حقه أن يعود إلى طلبها مرة أخرى عند العقار المبيع أو عند المشتري أو عند البائع إذا كان العقار لا يزال في يده، وبهذا الطلب يتقرر حقه في الشفعة ويقوى ويسمى هذا الطلب بطلب التقرير أو طلب الإشهاد؛ لأن بعض الفقهاء يشترط الإشهاد عليه عند حصوله والكثير لا يشترطه ولكن يستحسنه حتى يكون للشفيع بينة عند إنكاره وهذا ما نص عليه قاضيخان والكاساني.

وقد جعل هذا الطلب عند المبيع لأن الحق متعلق به وجاز أن يكون عند المشتري لأن البيع سيؤخذ منه وهو الخصم في هذا النزاع، ولذا جاز أن يكون عند البائع إذا كان المبيع لا يزال في يده لأنه مطالب بالتسليم إلى الشفيع حيثئذ فكان له دخل في الخصومة بسبب يده. ويجب ألا يتجاوز به الشفيع مدة تمكنه منه عند أحد هؤلاء الثلاثة، فإذا تمكن منه ولم يطلب سقط حقه ولا يفيد أنه يطلب بعد ذلك، وعليه إذا كان أحد هؤلاء الثلاثة في بلد آخر وباقيهم في بلده فلم يطلب عند أحدهم وانتقل إلى من ليس في بلده سقطت شفيعته لاستطاعته أن يطلب في بلده، وإذا كانوا جميعاً في بلد واحد لم يضره أن يفعلهم عند أبعدهم مكاناً فيها لاعتبارات تدعو إلى التسامح في ذلك.

ويقوم هذا الطلب مقام طلب الموائبة إذا كان علم الشفيع بالعقد والثمن والمشتري عند أحد هؤلاء الثلاثة فطلب الأخذ بالشفعة عنده. وكيفية طلب الموائبة أن يقول إني أطلب أخذ كذا بالشفعة ونحو ذلك، وكيفية طلب التقرير أن يقول علمت أن فلانا باع كذا لفلان ولحق الشفعة فيه وقد طلبت أخذه بها عند العلم وأطلبه الآن.

وإذا تم طلب التقرير عند المشتري فلم يعارض أو علم به المشتري فلم يعترض عليه أو كان الشفيع عند المشتري فعلم بالبيع وبشرائه فطلب ولم يعارض وسلمه المبيع فقد تملك الشفيع المبيع بذلك .

طلب الخصومة :

إذا عارض المشتري فى طلب الشفيع كان سبيل الشفيع إلى تملكه الالتجاء إلى القضاء وذلك يكون بادعاء أمام القاضى ضد المشتري وضد البائع إذا كان العقار لا يزال فى يده ليطلب الحكم عليه بالتسليم إليه فيشرح عناصر دعواه وأنه طلب الأخذ بالشفعة على الوضع الذى بيناه وطلب الحكم على المشتري بثبوت حقه فى أخذ العقار وتملكه إياه وتسليمه إليه ، ويسار فى هذه الدعوى كما يسار فى غيرها من الدعاوى . ويجوز أن ترفع الدعوى على وكيل المشتري فى الشراء إذا تسلم المبيع ولم يسلمه إلى موكله لأن الوكيل بالشراء ترجع إليه حقوق العقد عند الحنفية ومنها حق الشفعة ، وعن أبى يوسف أنه لا يصلح خصما فى هذه الدعوى بناء على أن الشفعة ليست من حقوق العقد ، ولكنها أثر لحكمه وهو الملك الذى ثبت للمشتري بالعقد .

وهذه الدعوى هى ما يسميه الفقهاء بطلب التملك أو الخصومة ، ويرى الشيخان أن حق الشفعة يتقرر بالطلبين السابقين عليها ولذا لا يسقط عندهما بعدها إلا بالإسقاط ولا يعتبر تأخير الدعوى سنين عديدة بعدهما .

وعن أبى يوسف أنه لايجوز للشفيع أن يؤخر الدعوى عن أى مجلس من مجالس القاضى يمكنه أن يرفعها إليه فيه فإذا أخرها عنه سقط حقه ، وقال محمد وزفر : إذا مضى شهر بعد طلب التقرير دون أن يرفع الدعوى من غير عذر سقط حقه ، وروى هذا عن أبى يوسف أيضا ، ووجه قول أبى حنيفة أن الشفيع إذا كان غائبا ولم يعلم بالبيع لايسقط حقه وإن طالت غيبته ، وتضرر المشتري بسبب ذلك أشد من تضرره بسبب تأخير الادعاء فى هذه الحالة إذ يمكن فيها مراجعة الشفيع فى تأخره ورفع أمره إلى القاضى ليأمره بالأخذ والإسقاط حقه إذا امتنع ، وإذا كان ضرر الغيبة مع شدته محتملا باتفاق وهو أشد وأعظم فأولى أن يتحمل ما هو دونه .

ذلك ما ذهب إليه الحنفية .

ويرى المالكية أن تملك الشفيع للعقار المبيع لا يكون إلا بطلبه وليس عليه أن يطلب فور علمه بالبيع بل له أن يتريث فيه إلى سنة فإذا علم وسكت سنة بلا عذر سقط حقه، وإذا غاب في أثنائها وكان يظن العودة قبل مضيتها فعاقبه عائق قهرا عنه بقى له حقه - ولو طالت غيبته - متى أقام البينة على ذلك. وذهب ابن رشد إلى أن الحق في الشفعة يسقط إن طال الزمن بلا طلب بعد العلم كسبعة أشهر إلا إذا حلف أنه باق على شفيعته وأنه لم يسقط شفيعته فيها. وهذا إذا لم يكتب شهادته على وثيقة العقد فإن كتبها فله عشرة أيام بعد ذلك فلا يمكن من الأخذ بالشفعة بعدها إلا بيمين. والحاصل أن حق الشفعة لا يسقط إلا بعد عام فإن قام بعد مدة طويلة وادعى عدم العلم صدق بيمينه إلا إذا كان غائبا قبل العلم بالبيع أو لم يعلم وهو حاضر. وإذا كان مسافرا ولم يعلم فلا يسقط حتى يقدم ويعلم، وله بعد ذلك سنة كما لحاضر إذا علم^(١).

ويرى الشافعية أنه يجب على الشفيع طلب الأخذ بالشفعة فور علمه على الأظهر على ما تقضى به العادة والعرف، وقيل تمتد مدته إلى ثلاثة أيام بعد العلم وقيل إلى تسع للتأمل وقيل له حق الطلب على التأبيد ما لم يصرح بإسقاطها.

وإذا كان الشفيع مريضا أو محبوسا أو خائفا من عدو فليوكل من يطلبها عنه إن قدر عليه وإلا فليشهد على استمساكه بها فإن لم يفعل سقطت شفيعته على الأظهر^(٢).

ويرى الحنابلة وجوب المطالبة بالشفعة فور العلم بالبيع وذلك بأن يشهد الشفيع بالطلب بها حين يعلم بالبيع إلا لعذر فإذا فعل ذلك كان له أن يخاصم فيها المشتري ولو بعد أيام وأشهر أو سنين، ولا يشترط أن تكون المطالبة في حضور المشتري، ولكن إذا كان غائبا عن المجلس حاضرا في البلد فالأولى أن يشهد على الطلب، وإذا كان للشفيع عذر يمنعه عن الطلب فور علمه كأن يكون علمه ليلا فأخره إلى الغد أو أخره لشدة جوع فأكل أو أخره لإغلاق باب أو ليخرج من

(١) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠٤.

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١٣.

الحمام أو ليقضى حاجته أو ليؤذن أو ليقم الصلاة ويؤديها لم تسقط شفاعته،
والعبرة في ذلك بالعادة فمتى لم يفصل بين العلم والطلب ما يعد في العادة
والعرف إعراضاً بقى على شفاعته^(١).

ما أخذت به القوانين العربية في إجراءات الأخذ بالشفعة :

جرى التقنين المدني المصري والليبي والعراقي على ما يأتي :

إذا تم البيع فوجه البائع أو المشتري إلى الشفيع إنذار رسمياً مشتملاً على
بيان العقار المبيع بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم
كل من البائع والمشتري ولقبهما وصناعاتهما وموطنهما تعين على الشفيع أن يعلن
رغبته في الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ هذا الإنذار وإلا سقط
حقه، ويجب أن يكون إعلان هذه الرغبة رسمياً وإلا كان باطلاً وأن يودع كل
الثلث الذي تم عليه التعاقد خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المبيع في خلال
ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان، مع مراعاة أن يكون الإيداع قبل
رفع الدعوى بالشفعة فإذا لم يتم الإيداع في هذا الموعد على الوجه المتقدم سقط
حق الأخذ بالشفعة، ويجب أن يكون رفع الدعوى في خلال ثلاثين يوماً من
تاريخ ذلك الإعلان أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار المبيع وإلا سقط الحق في
الشفعة المواد ٩٤٠ إلى ٩٤٣ مدني مصري، وإذا لم يوجه البائع أو المشتري هذا
الإنذار إلى الشفيع أو كان باطلاً لأي سبب فإنه يحق للشفيع أن يعلن رغبته في
الأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وإلا سقط حقه م /
٩٤٨ بند ب.

وإذا كان عقد البيع لم يسجل فرفع المشتري على البائع دعوى بصحة التعاقد
وسجل صحتها فإن مدة الأشهر الأربعة تبدأ من تاريخ التأشير بالحكم الذي
يصدر بصحة البيع لا من تاريخ تسجيل عريضة الدعوى.

وإذا لم يوجه إنذار ولم يسجل عقد البيع ولا الحكم الصادر بصحته فإنه
يجوز للشفيع أن يعلن رغبته في خلال خمس عشرة سنة من تاريخ البيع طبقاً
للقواعد العامة، إذ في هذه الحال يسقط في طلب الشفعة بمضي المدة كغيره من

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧٩.

الحقوق والدعاوى التي لم يرد في شأنها نص على مدة خاصة. ويجب أن يوجه إعلان الرغبة الرسمي إلى كل من البائع والمشتري م ٩٤٠، والعبرة بتمام إعلانهما في الموعد المحدد وإذا كان إعلانهما في تاريخين لم يبدأ سريان المدة المقررة لإيداع الثمن ورفع الدعوى إلا من تاريخ الإعلان الأخير، وإذا وجه أحد الإعلانين بعد فوات الميعاد سقط حق الشفيع في الشفعة، ورفع الدعوى في خلال المدة المقررة لإعلان الرغبة وهي خمسة عشر يوماً يغني عن إعلان الرغبة الرسمي، وفي هذه الحال يجب إيداع الثمن قبل إعلان صحيفة الدعوى. راجع المواد من ٩٤٤ إلى ٩٤٧ مدني ليبي والمواد من ١١٣٨ - ١١٣٩ - ١١٤٠ مدني عراقي.

القضاء بالشفعة :

لا يشترط للقضاء بالشفعة إحضار الشفيع للثمن على ما جاء في ظاهر الرواية، فإذا قضى بها قبل دفع الثمن صار ديناً في ذمة الشفيع للمشتري إن تسلم العقار من يده وللبائع إن تسلمه من يده وعندئذ يستوفى كما تستوفى سائر الديون. غير أن من بيده المبيع له أن يحبس عنه الشفيع حتى يستوفى ثمنه ولا ينقض الحكم بالشفعة، وروى عن محمد أن القاضي لا يقضى بها إلا بعد إحضار الثمن، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة دفعا للضرر إذ قد يكون الشفيع مفلساً. وذكر الكاساني أن محمداً لا يشترط للقضاء بها إحضار الثمن ولكنه يستحسن ألا يقضى القاضي بها إلا بعد إحضاره، ويرى أنه يجوز للقاضي أن يأمر الشفيع بإحضاره قبل القضاء وأن يضرب له موعداً، فإذا فعل ذلك ولم يحضره في الموعد بطلت عنده خلافاً لأبي حنيفة، أما بعد القضاء بها فلا تبطل شفيعته ولا ينقض القضاء إذا أمره بإحضاره ولم يحضره.

والتملك بالشفعة لا يحتاج إلى القضاء عند المالكية - كما سيأتي بيان ذلك - وإذن فلا محل لاشتراط إحضار الثمن قبل القضاء^(١).

وعند الشافعية لا يشترط في استحقاق التملك بالشفعة حكم حاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور المشتري ولا رضاه، ولذا فلا يوجد فرق بين ما ذهب إليه المالكية والشافعية من ناحية إحضار الثمن^(٢)، وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٣).

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٠٠.

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٨٩.

(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٩٠.

عند غيبة بعض الشفعاء :

إذا كان بعض الشفعاء حاضرا وبعضهم غائبا فإن ترك الحاضر طلبها في وقته سقط حقه فيها وإن طلب الأخذ فاقصر في طلبه على ما يخصه من المبيع بأن كان الشفعاء أربعة شركاء مثلا وأحدهم غائب فطلب الثلاثة ثلاثة أرباع المبيع استبقاء لصحة الغائب لم يقبل ذلك منهم، وكان الحكم وجوب اشتراك الثلاثة في أخذ كل المبيع أثلاثا مع مراعاة قيام كل بطلب الجميع على ما سبق بيانه. ولا ينتظر حضور الغائب لأنهم يستحقون المبيع جميعه وما قسم عليهم بحسب رءوسهم إلا لوجود مزاحمتهم بعضهم بعضا ولا مزاحمة للغائب لأنه لا طلب له.

وإذا حضر الغائب بعد أخذ الحاضر طالبا الأخذ بالشفعة مع مراعاة استبقاء شروط ذلك فإن كان في مرتبة دون مرتبة الحاضر لم يكن له شيء مادام الحاضر متمسكا بحقه، فإذا رغب الحاضر عن الشفعة فلذلك حالات:

الأولى: أن يرغب عنها بعد القضاء له بها، وعندئذ لا يملك رد البيع إلا بخيار رؤية أو بخيار عيب إذا كان له ذلك، فإذا تركه لمن تسلمه منه من بائع أو مشتر بخيار رؤية بعد قبضه أو قبله أو تركه له بخيار عيب قبل قبضه أم بعده أو تركه بخيار عيب قبل قبضه أو بعد قبضه وكان ذلك بواسطة القضاء لا بالرضا - فلا يكون للشفيع الغائب إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة حق فيه لبطلان شفيعته بسبب قضاء القاضى للحاضر باستحقاقه الشفعة وأخذه المبيع والقضاء له بذلك يتضمن إبطال حقه في الشفعة^(١).

(١) الرد بخيار الرؤية لا يتوقف على القضاء ويعتبر فسخا لعقد البيع في جميع أحواله فلا يتأتى اعتباره مبادلة يترتب عليها للشفيع الغائب حق الشفعة إذا ما أراد أن يعتبره أساسا لمطالبته بها، وبناء على ذلك فليس للشفيع الغائب إذا ما أراد الشفعة إلا أن يطلب بناء على عقد البيع السابق على الرد وهو الذي أخذ به المشتري الحاضر المبيع، فلماذا ما أخذه بقضاء فردة بخيار الرؤية لم يكن للشفيع الغائب بعد حضوره حق في أخذه بالشفعة لبطلان حقه فيها بالقضاء بها للحاضر، وإذا ما أخذه بالرضا ثم رده بخيار الرؤية كان للشفيع الغائب إذا حضر أن يأخذه بالشفعة لأن حقه لم يبطله قضاء الرد بخيار الرؤية لا يؤثر في حق الشفعين بدليل أنه لا يؤثر فيه إذا ما أراد رده لمشتري العقار المبيع بخيار الرؤية فإن للشفيع حينئذ أخذه بالشفعة.

هذا وليس من العبد أن يقال : لم يبطل حق الشفعين الغائب بالقضاء للحاضر بالشفعة وقد يكون القضاء للحاضر قضاء بأن لا حق للغائب ما دام الحاضر متمسكا بحقه وملكه فإذا فسخه ظهر حق الغائب بناء على المبيع السابق.

==

أما إذا تركه بعد قبضه بخيار عيب عن تراض فإن للشفيع الغائب عند حضوره أن يأخذه بالشفعة لا بناء على ما حصل من بيع فى غيبته ولكن لأن رده فى هذه الحال إلى من أخذه منه من بائع أو مشتر يعتبر مبادلة جديدة يستحق بها الغائب الأخذ بالشفعة.

الحالة الثانية : أن يرغب الشفيع الحاضر عن المشفوع فيه قبل أن يقضى له ، به ، وفى هذه الحال إذا رغب عنه قبل تسلمه سقط بذلك حقه فى الشفعة وكان للغائب عند حضوره أن يأخذه بها لأن الحاضر أسقط حقه فى الشفعة قبل أن يملك وهو حق يقبل الإسقاط ، وإن كانت رغبته عنه بعد تسلمه لم يكن لها من

== ويتملك الشفيع المبيع بتسلمه عند الرضا بالشفعة أو بالقضاء بها له عند إبانها ، فإذا دخل المبيع فى ملك الشفيع الحاضر بإحدى الوسيلتين ، فلا يملك أن يخرج به من ملكه بمجرد إبداء رغبته فى أنه قد عدل عن الشفعة ، ولا يملك إخراجها من ملكه إلا بسبب ناقل للملكية أو بسبب فاسخ لعقد تملكه . وعلى ذلك إذا حضر الغائب عندئذ فقال الحاضر لا رغبة لى فى المبيع فلا يترتب على قوله هذا أى اثر ، سواء أكان قد ملكه بالرضا أم بالقضاء ، ولا وسيلة له إلا أن يبيع للغائب المبيع أو يملكه إياه بأى عقد إذا أراد ، ولكن إذا ما وجد الشفيع بالمبيع عيبا فردّه على من تسلمه منه من بائع أو مشتر بسبب ذلك العيب فإن لذلك حالتين :

الأولى : أن يكون الرد بالعيب بعد أن يكون الشفيع قد تملك المبيع بالقضاء على كل من البائع والمشتري بالشفعة ، وفى هذه الحال قال الفقهاء : إن هذا القضاء يعتبر قضاء ضمنا بأن لا حق للغائب فى هذا المبيع لأن الشفيع الحاضر أولى منه فيقطع حق الغائب فى هذا المبيع نهائيا بالقضاء ، فإذا حضر بعد ذلك وقد رد المبيع إلى بائعه أو إلى مشتريه بسبب العيب لم يعد حقه فيه إلى الظهور لسقوطه بالقضاء والساقط لا يرد ؛ ولكن ألا يكون الرد بسبب العيب مبادلة جديدة يثبت بها للشفيع الغائب حق الشفعة ؟ والجواب : إذا كان الرد بالعيب - بناء على القضاء به - اعتبر فسقًا بالنسبة للعاقدين وغيرهما فلا يترتب عليه لذلك ثبوت حق الشفعة للشفيع الغائب وإذا كان بالرضا فإن بعد القبض والتسليم كان مبادلة يترتب عليها حق الشفعة للشفيع الغائب ، وإن كان قبل قبض المبيع فكذلك الحكم عند الشيوخ لاعتباره حينئذ أيضا مبادلة لجواز التصرف فى العقار قبل قبضه حينئذ عندهما ، أما عند محمد فلا يثبت للشفيع الغائب بذلك الرد حق الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بتصرف أو مبادلة ، ولا يمكن اعتبار الرد فى هذه الحال تصرفا فى معنى المبادلة ؛ لأن التصرف فى المبيع العقار قبل قبضه غير جائز عند محمد ، وإذن فلا يعتبره محمد فى هذه الحال إلا فسحا والفسخ لا يترتب عليه حق الشفعة .

الثانية : أن يكون الرد بعيب بعد أن يكون الشفيع قد تملك المبيع بتسلمه عن رضا ، وفى هذه الحال لم يصدر قضاء بإبطال حق الشفيع الغائب ؛ وبناء على ذلك إذا ما رد الشفيع المبيع بسبب عيب فيه سواء أكان هذا الرد بقضاء أم برضاء ، ثم حضر الشفيع الغائب فإن له الحق فى أن يأخذ المبيع كله بالشفعة على ما يظهر لى وذلك لأن حقه فى الشفعة قد ثبت له عند البيع فلا يسقطه رد الشفيع المبيع بالعيب على أية حال ، كما أن رد المشتري المبيع بالعيب على بائعه لا يسقط حق الشفيع فيه فيأخذه من البائع بعد ذلك . هكذا ذكروا فى غير موضع كما فى رد المختار . ولكن ألا يقال : إن ثبوت الملك للشفيع الحاضر بالتسلم مسقط لحق الغائب لتقدمه عليه ، وإذا سقط لا يعود ؟ الجواب : أن مجرد الملك لا يكفى مسقطا ، بدليل أنه لا يسقط حق الشفيع الغائب المساوى فى المرتبة . وغاية الأمر : أن حقه ضعيف ، أما حق الحاضر فإذا ما ذهب حقه بأية وسيلة ظهر هذا الحق وأثر أثره . هذا ما يظهر لى . والله الموفق للصواب .

أثر لأنها جاءت بعد ثبوت ملكه والملك لا يقبل الإسقاط فإذا حضر الغائب وجد المشفوع فيه مملوكا لمن هو أولى منه فلا يستطيع الأخذ جبرا عنه وإنما يستطيع أن يتفق معه على أخذه فيكون ذلك مبادلة جديدة بينهما.

غير أن الشفيع الحاضر إذا لم يستطع أن يتنازل عن الشفعة بعد ثبوت ملكه للمشفوع فيه بقبضه يستطيع أن يرده على أخذه منه - من بائع أو مشتر - بخيار رؤية أو خيار عيب إذا كان له حق فيهما. وعند ذلك يكون للغائب إذا حضر حق الأخذ بالشفعة لأن حقه باق لم يطله قضاء سابق بالمشفوع فيه لمن هو أولى منه.

وإن كان الغائب في مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر - كأن يكون شريكا والحاضر جارا فإنه يعطى المبيع كله سواء أفضى به للجار أم لم يقض وسواء أتسلمه الجار أم لم يتسلمه وسواء أتمسك الجار بشفعته أم لم يتمسك وذلك لأن حق الشريك مقدم على حق الجار على أية حال، فيعطى الشريك الغائب المشفوع فيه في جميع الأحوال إذا ما حضر ذلك الشريك طالبا أخذه بالشفعة.

عند التساوى في المرتبة :

وإن كان في مرتبة الحاضرين - كأن يكون جميع الشفعاء جيرانا أو شركاء - شاركهم فيما أخذوا بقدر ما يعطى لو أنه كان حاضرا معهم فيساوهم دون انتظار لمن قد يكون كذلك غائبا مثله من الشفعاء؛ لأنه إذا حضر ذلك الغائب أيضا بعد ذلك كان الحكم معه على هذا الوجه.

مثال ذلك : أن يكون للمبيع شفعاء، هم جميعا شركاء فيه أو جيران له عدتهم خمسة وأحدهم غائب فيعطى الأربعة الحاضرون المبيع بناء على طلبهم أخذه بالشفعة، ثم إذا حضر الغائب طالبا الأخذ بالشفعة أيضا فإنه يعطى في هذه الحال خمس المبيع وذلك بنقض قسمته بين الأربعة وقسمته مرة أخرى بين الخمسة. وإذا كان الحاضر منهم ثلاثة فقسم المبيع بينهم أثلاثا ثم حضر رابع فإن المبيع يقسم بينهم مرة أخرى أرباعا دون مراعاة لخامسهم الغائب فإذا حضر بعد ذلك أعيدت القسمة وقسم المبيع بينهم أخماسا وهذا كله فيما إذا لم يرغب أحدهم في حقه. أما إذا رغّب بعضهم عن حقه أو رغّب جميع الحاضرين عن حقوقهم ثم حضر الغائب بعد ذلك فإن لذلك حالتين :

الأولى : أن يكون حضوره قبل القضاء بالشفعة للحاضرين، وفي هذه الحالة إذا كانت رغبتهم عنها قبل القبض فإنها تتحقق بمجرد التنازل عن حق الشفعة وبتنازل من تنازل عنها حينئذ يعتبر كأنه غير موجود، ويقسم المبيع بالسوية بين المتمسك بحقه ومن كان غائبا ثم حضر، حتى إذا كان التنازل من جميع الحاضرين كان المبيع كله للغائب بعد حضوره طالبا الأخذ بحقه، فإذا تنازل من الحاضرين - في المثال السابق - اثنان قسم المبيع على ثلاثة، وإذا تنازل الأربعة الحاضرون أعطى الغائب المبيع كله إذا حضر مطالبا بحقه.

وإذا كانت رغبتهم عنها بعد القبض فلا يكون لها أثر، ولكن لهم الرد بخيار الرؤية أو بخيار العيب. وعند الرد بأحد هذين السببين يكون الحكم كما سبق فتعاد القسمة بين الحاضرين والغائب بعد حضوره.

الحالة الثانية : أن يكون حضوره بعد القضاء بالشفعة على الحاضرين، وفي هذه الحال يتم تملكهم بالقضاء ولا تتم رغبتهم عن البيع إلا لتركه لمن أخذ منه بسبب خيار رؤية أو عيب.

وحينئذ إذا ترك بعض الشفعاء الحاضرين حصته بناء على ماله من خيار رؤية قبل قبضه أو بعده أو بخيار عيب قبل قبضه أو بخيار عيب بعد قبضه بناء على قضاء لإبائه من أخذ منه أو تركه جميع الحاضرين بذلك السبب فإن ما يترك منه في هذه الحال يعود لمن أخذ منه - من بائع أو مشتر - وإذا كان المتروك في هذه الحال بعض المبيع تجزأت الصفقة على من أخذت منه بأن كان بائعا اغتفر ذلك استثناء^(١) وإن كان مشتريا كان له الرد بالعيب لأن الشركة عيب وإذا شئت قلت لأن تجزئة الصفقة عليه عيب يستحق به الرد على البائع فينتهي الأمر إلى تجزئتها بالنسبة للبائع^(٢).

(١) جاء في الأشباه والنظائر من كتاب البيع: «لا يجوز تجزئة الصفقة على البائع إلا في الشفعة» ج ١ ص ٣٣.

(٢) أقول إن هذا ضرر يصيب البائع بسبب مراعاة حق الشفع والمشتري، ولا يسلم أن يكون رفع الضرر عن شخص سببا في الإضرار بغيره، وكان يمكن تجنب ذلك الضرر لو أنهم ألزموا الباقي من الشفعاء بأخذ كل المبيع إذا ما رضي البائع بذلك، رفعا للضرر عنه، ولا يتبع من ذلك قولهم: إن حقهم قد بطل في الباقي بالقضاء إذ يمكن أن يقال إنه قضاء بالحق ما دام صاحبه متمسكا به، فإذا تنازل عنه ذهب القضاء به والزم به الباقي وخاصة إذا لوحظ أنه حين طلب الشفعة طلبها في جميع المبيع.

وعلى كل : فحق الشفيع الغائب عند حضوره يقتصر على مقدار ما قد يكون له لو أنه كان حاضرا معهم وقضى بالمبيع بينهم جميعا^(١).

(١) اشترى أجنبي حصة أحد الشركاء في عقار مشترك بين ثلاثة فطلبها الشريك الحاضر بالشفعة وكان الثالث غائبا فأعطيت له. قال الكاساني في البدائع (ج ٤ ص ٦) إذا أخذها الشريك الحاضر بالقضاء حتى حضر الثالث من غيبته فطلب الأخذ بالشفعة فقال له الحاضر لا أرغب إلا في الحصة كلها فإما أن تأخذها كلها وإما أن تدع، لم يجب إلى قوله، وللغائب الذي حضر إذا أصر أن يأخذ نصفها فقط، لأن القاضى لما قضى للحاضر بجميع الحصة تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب في نصفها فلا يكون له حق فيه بعد ذلك وإذن لا يلزم به .

ويرد على هذا أنه يقتضى أن الشفيع الغائب إذا حضر وعلم بالمبيع والقضاء وأراد الأخذ بالشفعة لم يلزمه إلا أن يطلب نصفها فقط، وإلا كان طلبه للكل عبثا؛ ذلك لأن الشفيع إنما ألزم بطلب كل المبيع إذا ما أراد الأخذ بالشفعة حثية ألا يأخذ غيره من الشفعاء فتجزأ الصفقة على المشتري. وهذا غير متأت هنا، إذ بعد القضاء لا يستطيع المقتضى له أن يتخلى عن حصته فلا تنجز الصفقة فهل الأمر كذلك وتكون هذه الصورة وما ياتلها مستثنى من اشتراط طلب جميع المبيع؟

لم أجد نصا، وإن كان تعليل الحكم يقتضى عدم اشتراط طلب الكل في مثل هذه الصورة لأنهم عللوا طلب الكل باستحقاق الشفيع لجميع المبيع وأن قسمته بين الشفعاء إنما كانت نتيجة المزاحمة، وعلى ذلك إذا كان الشفيع لا يستحق إلا بعض المبيع قطعاً لا يلزمه إلا طلب البعض (راجع رد المختار ج ٥ ص ٥٦).

أقول : وفي هذا الحال إذا كان الشفيع الحاضر قد أخذ الحصة المبيعة كلها وتسلمها عن رضا ثم حضر الغائب طالبا للشفعة، فقال له الحاضر : إما أن تأخذها كلها أو تدعها فإن الغائب يلزم حينئذ بأخذها بناء على انتفاء العلة التي ذكرها الكاساني سببا لعدم إلزامه فيما سبق وهي أن القضاء أبطل حق الغائب في نصيب الحاضر فلا يلزم به بعد ذلك، وقد يؤيد هذا أنه يجب على الغائب حين الطلب أن يطلب الجميع؛ ولكن قد يرى من جهة أخرى أن الشفيع الحاضر لا يجاب إلى طلبه أبداً في هذه الحالة لأنه قد تملك جميع الحصة بقبضها عن رضا، وليس للغائب حق إلا في نصفها فيأخذ به حقه، أما نصفها الآخر فقد استقر فيه ملك الحاضر ولا يجبر الغائب الذي حضر على أخذه.

وقد يقال : إذا ما أخذ الغائب الذي حضر نصف الحصة تجزأت الصفقة على الشفيع الحاضر فيكون له بذلك حق الرد على البائع لأن تجزؤ الصفقة عيب، وخاصة مع وجود الشروع، فإذا رد حصته بذلك العيب على البائع وجب على الشفيع الغائب الذي حضر أن يأخذها أيضا بناء على طلبه كل المبيع، حتى لا تنجز الصفقة على البائع - غير أنهم ذكروا أن تجزؤ الصفقة على البائع في الشفعة مغتفر اللهم إلا إذا قصر ذلك الحكم على صور ليست هذه منها.

وإذا كان بيع الحصة في المثال المتقدم لأحد الشريكين وهو الحاضر وكان الثالث غائبا ثم حضر فطلب الأخذ بالشفعة فما الحكم؟ في الإمكان أن يقال : إن الحكم لا يختلف؛ لأن ملك الحاضر لنصف الحصة المبيعة أصبح مستقرا. فلا يستطيع بعد ذلك أن يلزم به الغائب إذا حضر، وفي الإمكان أيضا أن يقال : إن الشفيع الغائب إذا حضر وطلب الشفعة وجب عليه أن يطلب الكل فإذا سلم إليه الكل فكيف يتمتع عندئذ؟ وهذا أوجه فيما يظهر لى، وما دام الشرط في استحقاق الشفعة طلب جميع المبيع، وفيه عدم الإضرار بالبائع والمشتري جميعا من جهة عدم تفريق الصفقة على أحدهما.

وقد ذهب الشافعي وأحمد إلى أن الشفيع الغائب إذا حضر طالبا للشفعة في هذه الأحوال المقدمة الذكر الذي لا يجبر على أخذ كل المبيع بل له أن يأخذ ما يخصه منه لو أنه كان حاضرا؛ وذلك لاستقرار ملك الحاضر في حصته منه وعدم جواز تنازله عن ملكه. راجع الروض ج ٢ ص ٣٦٧، وكشاف القناع ج ٢ ص ٣٤٨.

مثال ذلك أن يكون للعقار ثلاثة شفعاء أحدهم غائب فيقضى للحاضرين به مناصفة، ثم يحضر الغائب مطالبا بحقه وقد ترك أحد الحاضرين حصته - وهي النصف - بخيار رؤية مثلا فعند ذلك لا يكون للغائب إذا حضر حق إلا في ثلث العقار فقط وهو ما كان له لو أنه كان حاضرا عند القضاء^(١). وكذلك الحكم إذا ما رد الحاضران المبيع كله بخيار الرؤية، ذلك لأن القضاء لهما بالمبيع أبطل حق الغائب في الثلثين وهما حصة الحاضرين وبقي حقه في الثلث، وقد بطل القضاء به لهما لأنه حق لغيرهما، وذلك لأن المبيع في الواقع موزع بين حقوق الشفعاء حاضريهم وغائبهم لكل فيه نصيب بسبب شفعتهم، غير أن الحاضر قد فضل على الغائب لما سبق، فإذا قضى القاضى بالمبيع للحاضرين وحدهم فقد قضى لهم بنصيبهم فيه، وهو قضاء صحيح فيتضمن بطلان حق الغائب في ذلك النصيب فلا يبقى له حق فيه بسبب الشفعة المترتبة على المبادلة القائمة، وقضى لهم كذلك بنصيب الغائب فيه، وذلك قضاء قد ظهر بطلانه بحضور الغائب متمسكا بحقه وعلى ذلك لا يكون له في المبيع إلا حقه لو أنه كان حاضرا عند القضاء.

أما إذا ترك بخيار عيب بعد قبضه بناء على تراضيه مع من أخذ منه فإن هذا الرد يعتبر مبادلة جديدة يستحق بها الشفعة فيما رد^(٢).

نماء العقار المشفوع فيه في غيبة الشفيع : إذا كان حضور الغائب بعد مدة استغل فيها الشفيع الحاضر المشفوع فيه بأن كان أرضا فزرعها أو أجرها كانت الغلة جميعها للحاضر فقط؛ لأنها نماء ملكه ولا يشاركه فيها الغائب كيف كانت درجته لأنه ليس بمالك. وإن كان أولى من الحاضر، إذ لا يملك إلا بالقبض أو القضاء.

ما أخذ به القانون المدني في تراحم الشركاء :

عند تراحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة ٣٦، وإذا كانوا في مرتبة واحدة كان استحقاق كل منهم

(١) ويكون الثلث كذلك لمن تمسك بحقه من الحاضرين ويترك الثلث للبائع لأن القضاء لمن رد ثلثه أبطل حق الآخرين فيه فيبقى للبائع بعد رده بالخيار، راجع رد المختار ج ٤ ص ١٦٤.

(٢) وليس يخفى عليك أن الشفيع إذا ما طلب أكثر من حقه ورضى المأخوذ منه أن يعطيه ما طلب، لم يمنع من ذلك مانع إذ يعتبر مبادلة جديدة.

على قدر نصيبه م ٩٣٧ ، غير أنهم إذا كانوا جميعا جيرانا فقد فات الشارع النص على هذه الحال؛ ولذا اختلف شارحو القانون المدنى فى بيان الحكم فيها، فمنهم من رأى تطبيق الحكم الوارد فى قانون الشفعة السابق القاضى بتقديم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره وذلك على الرغم من إلغائه، وذلك على أساس أن ذلك يعذ قاعدة من قواعد العدالة ومنهم من رأى غير ذلك. وأرى أن نص المادة الأولى مدنى وهو إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى. وقواعد العدالة تقضى بتطبيق الحكم الشرعى فى ذلك إذا لم يوجد فيه عرف، وإذا رأينا أن ما نص عليه فى القانون القديم لم يحدث عرفا وهذا هو رأى فإن الحكم الواجب تطبيقه فى هذه المسألة هو حكم الشريعة وهو يقضى بالتسوية بين الجيران جميعا لا يفضل أحدهم على باقىهم مهما اختلفت أحوالهم.

ويلاحظ أن المشتري إذا كان أحد الشفعاء لم يكن لمن يساوى فى المرتبة أو لمن هو أدنى منه حق مشاركته وإنما يفضل عليه من هو فى درجة أعلى من درجته. فقرة ٣ م ٩٣٧.

كما يلاحظ أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمراد العلنى وفقا للإجراءات التى رسمها القانون، وكذلك إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثالثة، أو كان العقار قد بيع ليجعل محلا للعبادة أو ليلحق به. كما لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة م ٩٣٩ مدنى مصرى.

الملك بالشفعة

سبب ملك الشفيع : إذا باع المالك العقار دخل في ملك المشتري بمجرد تمام عقد البيع دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع . فإذا استحق الشفيع أخذه بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه لأن حق الشفيع ضعيف فلا يقوى بمجرد المطالبة على رفع ملك ثابت للمشتري بعقد البيع ، ولذا لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين :

الأول : تسلمه من المشتري عن رضا منه ، فيتملكه من وقت تسلمه .

الثاني : قضاء القاضى له به فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه فعلا^(١) . فأما تملكه بأخذه من المشتري عن رضا منه فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشتري بما قام عليه ، والشراء عقد ناقل للملكية^(٢) .

وأما تملكه بقضاء القاضى فذلك لا يكون إلا عند إباء المشتري ، وإبائه في هذه الحال ظلم ، وقد نصب القاضى لرفع الظلم ، فيقوم القاضى حينئذ مقامه في هذه المعارضة دفعا لظلمه ويملكه للشفيع بما قام به على المشتري ، ويدخل الثمن في ملك المشتري حينئذ جبرا عنه ، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه فيه ، كما هو الحال عند نزع الملك جبرا عن صاحبه للمنافع العامة ، وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه في هذه الحالة أيضا عن طريق شرائه من القاضى ، أو كأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشتري .

وهذا بين إذا كان المشتري قد تسلم المبيع من بائعه ، ولكن إذا حصل القضاء بالمشفوع فيه وهو في يد البائع ، فإن هذا التوجيه لا يظهر ، ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع في هذه الحال يصحح به البائع عاجزا عن تسليمه إلى المشتري ، وذلك مفسد للبيع ، وإذا فسد البيع الصادر للمشتري زال ملكه ، عند

(١) ذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه .

(٢) ولذا تكون العهدة على المشتري لأن الشفيع قد تملك منه وليس بين الشفيع والبائع عقد ، ولذا لا يجوز للبائع حينئذ إذا لم يستوف الثمن من المشتري أن يطالب به الشفيع وإنما يطالب به المشتري .

ذلك لا يصح أن يكون مملكا ولا ينوب عنه القاضى فى التمليك، ولذا قالوا أن القضاء للشفيع فى هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة إلى المشتري ويجعل الإيجاب الصادر له من البائع كأنه وجه إلى الشفيع وكأن الشفيع قد قبله، وبذلك يعتبر الشفيع فى هذه الحال مشتريا من البائع^(١). وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشتريا للعقار المشفوع فيه، إما من مشتريه إن تسلمه منه، وإما من بائعه إن تسلمه منه^(٢).

ولذلك يثبت له من الخيار ما يثبت للمشتري، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط، لأنه يتنافى مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة، ثم لا يتقيد بما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقييده أو بتقسيمه أو بخيار فسخ ونحوه، لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر. فإن وجد بالمبيع عيبا رده بخيار العيب على من تسلمه منه من بائع أو مشتري. وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه فيرده بخيار الرؤية إذا أراد على من تسلمه منه.

فإن رده على بائعه لأنه تسلم منه كان المشتري مخيرا حينئذ فى إمضاء

(١) ولذا يكون للمشتري إذا كان قد أدى الثمن إلى بائعه أن يسترده منه، وعلى البائع أن يستوفى الثمن من الشفيع. وفى التارخانية نقلا عن الطورى أن أبا يوسف يرى أن الشفيع له أن يدفع الثمن إلى المشتري عندما يتسلم المبيع من البائع فتكون العهدة على المشتري حينئذ ويكون مسئولا أمام البائع حتى يودى إليه الثمن إذا لم يكن قد أداه إليه فإن أدى الشفيع الثمن إلى البائع فى هذه الحال تكون العهدة عليه، وعندئذ يسترد المشتري منه الثمن إذا كان قد دفعه إليه أ هـ رد المختار ج ٥ ص ١٦٠.

(٢) وعلى ذلك فالعبرة بالقبض والتسلم فتكون عهدة الشفيع على البائع إن تسلم المشفوع فيه منه، وتكون على المشتري إن تسلمه منه. وقال ابن أبى ليلى : عهدة الشفيع على البائع فى الحالين لأن الشفيع لما كان متقدما فى تملك المشفوع فيه على مشتريه حل محله، وكانت عهده على البائع كما كانت عهدة المشتري على البائع. وعن أبى يوسف روايتان (إحدهما) أن عهدة الشفيع على المشتري دائما لأن حق الشفعة ثبت بالشراء فكان من حقوقه، وما كان من حقوق الشئ لا يكون ناسخا له، وكيف يمكن أن ينسخه ويطله، وإبطال الشراء إبطال لحق الشفعة؟ وإذا بقى الشراء على ذلك كان الشفيع ممتلكا على المشتري فعهدته عليه، كما لو تسلمه من يده، وهذا قول الشافعى وأحمد. (وثانيتهما) أن العبرة بنقد الثمن، فإن كان المشتري أدى الثمن إلى البائع فالشفيع يدفع الثمن إلى المشتري وعهدته عليه لأن البائع لا يأخذ الثمن مرتين، وإن لم يكن المشتري قد دفع الثمن إلى البائع فالشفيع يدفع الثمن إليه، وتكون عهده عليه، ويسقط حق البائع فى الثمن قبل المشتري.

صفقته أو عدم إمضائها، دون توقف على رضا البائع وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه كان كل من بائعه ومشتريه ملزماً بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط في عقد البيع الذي تم بينهما وكأنه لم ينقض.

الشفعة سبب من أسباب الملك عند غير الحنفية :

ذهب مالك إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه بقوله : أخذته بالشفعة، وما في معناه دون اشتراط قضاء من القاضى أو رضا من المشتري متى كان عالماً بالثمن^(١).

وقال أحمد : يملكه بذلك الطلب، وإن لم يعلم الثمن.

وقال الشافعى : يملكه به بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري^(٢) أو يرضى المشتري بشوته دينا فى الذمة. كما يملكه كذلك بالقضاء به عند النزاع، وعند ذلك لا يسلمه المبيع إلا بعد دفع الثمن، وله أن يمهل ثلاثة أيام، وإلى هذا ذهب أحمد أيضاً، فإن مضت ولم يدفعه فسخ القاضى الملك.

وذهب أحمد إلى أن للمشتري الحق فى الفسخ إذا تملك الشفيع العقار وطلب الإمهال فأمهل المدة المستحقة له وهى ثلاثة أيام ولم يدفع مع ذلك الثمن، وله هذا الحق دون حاجة إلى قضاء القاضى.

(١) وفى منح الجليل عن ابن شاس : يملك الشفيع المشفوع فيه بأداء الثمن وإن لم يرضا لمشتري، وبقضاء القاضى له بالشفعة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الأخذ، ويقول : أخذت وتملكت ونحوهما، ويلزمه ذلك إن قاله عالماً بالثمن فإن لم يكن يعلمه لم يلزمه ذلك. وعلى ذلك إذا تملك ولم يدفع الثمن بعد الإمهال فذلك على ثلاث صور :

الأولى : أن يسلم له المشتري المشفوع فيه صراحة، بأن يقول : سلمت له الأخذ بالشفعة أو رضيت ذلك. وفى هذه الحال يساع المشفوع فيه على الشفيع. فإن وفى ثمنه بحق المشتري فيها. وإلا بيع من ملك الشفيع ما يوفى به بقية الثمن إلى المشتري.

الثانية : أن يسكت المشتري فلا يبدى رغبة فى أخذ الشفيع للمشفوع فيه، وعندئذ يكون الخيار للمشتري إن شاء أخذ المشفوع فيه وإن شاء طلب أن يباع من مال الشفيع ما يوفى حقه.

الثالثة : أن يقول الشفيع ابتداء : أنا آخذ، ولم يقل : أخذت، ويسكت المشتري عن إبداء رايه. وفى هذه الحال يعطى المشفوع فيه للمشتري إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع وإتباعه بالثمن. وقيل : إن أراد المشتري فى هذه الحال أن يلزم الشفيع بأخذ المشفوع فيه كان له ذلك جبرا عن الشفيع، وعند ذلك يباع من ماله ما يوفى بحق المشتري. راجع منح الجليل ج ٣ ص ٦٠٣ وما بعدها.

(٢) إذا امتنع المشتري عن قبض الثمن خلى الشفيع بينه وبينه، أو يرفع أمره إلى القاضى ليلزمه بالقبض أو يقبض عنه «روض ج ٢ ص ٣٦٨».

وجه قولهم : أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشتري، رضى ذلك أو أبى فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه، ولم يرد عن الشارع أن اشترط لتملكه قضاء القاضى . ووجهة الحنفية تتلخص فى أن تملك الشفيع برضا المشتري وتسليمه مبادلة حقيقية بينهما فلا كلام ولا اعتراض عليها، فإذا لم تتم هذه المبادلة بسبب إباء المشتري كان لابد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك؛ لأن ملك الشفيع يتوقف على شروط وأشكال لا يخلو تحققها من نزاع لما يلابسها من الخفاء، فوجب أن يرجع إلى القضاء لأجل ذلك حتى لا يكون مثارا للنزاع.

وذهب الشافعية : إلى أن الملك بسبب الشفعة إنما يكون بما يصدر من الشفيع من لفظ يدل على تملكه بها أو نحوه ككتابة أو إشارة من الآخرس كأن يقول الشفيع تملكى أو أخذت بالشفعة أو اخترت الأخذ بها، ويشترط مع ذلك أن يكون عالما بالثمن وتسليمه العوض إلى المشتري أو رضا المشتري بثبوت الثمن فى ذمته أو قضاء القاضى له بالشفعة^(١).

(١) نهاية المحتاج ص ٢٠١ جزء ٥.

السنن النبوية الفردوس

الحط من الثمن :

٢٠٦

لأنه إن التحق به كان البيع بلا ثمن . ولا بيع بغير ثمن ، وإنما يكون هبة ولا تثبت بها الشفعة وعندئذ يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بالثمن المتفق عليه مثلا أو قيمة إن كان التنازل عنه بعد أدائه إلى البائع وبقيمة العقار المبيع إن كان التنازل عنه قبل أدائه ، ولعل وجه التفرقة بين الحالين أن التنازل عن الثمن بعد أدائه أشبه بالهبة الحقيقية والمستقلة عنه بالخط والتنازل ، فانقطعت صلته بالبيع ، فيجب حينئذ على الشفيع أداء الثمن أو قيمته ، ولكن إذا حصل التنازل عن الثمن قبل أدائه كانت صلته بعقد البيع أوثق لأنه إسقاط لبعض آثاره ، وهو الثمن ، وقد كان مقتضى ذلك أن ينقلب العقد تبرعا ، فيسقط حق الشفيع فى الشفعة ، ولكننا لم نذهب إليه بعد أن تقرر حق الشفعة إلا محافظة على الحقوق وعلى ألا يكون لغير صاحب الحق سلطان عليه ، وكان من العدل حينئذ : أن يلزم الشفيع بقيمة العقار ، بعد أن تبين أن المعوضة بين البائع والمشتري قد ذهبت وتلاشت ، وأن المشتري قد تملك العقار بلا عوض ؛ ذلك لأن الشفيع إنما يلزم بالعوض ، وقد ظهر أن لا عوض ، فلم يبق إلا أن يملكه الشفيع حينئذ بقيمته لأنه لا يملك بالمجان .

الزيادة فى الثمن :

وأما إذا زاد المشتري فى الثمن بعد تمام العقد فلا تظهر هذه الزيادة فى حق الشفيع ، فإذا بيعت دار بألف ، ثم زاد المشتري مائة فى ثمنها بعد تمام العقد لم تلزم الشفيع وأخذ الدار بالألف ، لأن حقه فى أخذها بالألف قد ثبت له بتمام البيع بهذا الثمن ، فلا يستطيع أحد إبطال هذا الحق بعد ثبوته ، حتى لا يلحق به ضرر . ذلك ما ذهب إليه الحنفية فى بيان ما يأخذ به الشفيع .

وذهب المالكية إلى أنه يأخذ بمثل ما أخذ به المشتري إن كان الثمن مثليا أو كان دينا بذمته وبقيمته إن كان قيميا وتعتبر القيمة يوم البيع ، كما يأخذ بقيمة الشقص إن كانت المعوضة بشيء غير متمول ككنكاح وخلع وصلىح عمد على نفس . وإذا كان الثمن مؤجلا أخذه بأجله بشرط يسار الشفيع يوم الأخذ وإلا وجب أن يضمه ملىء أو يعجل الثمن فلو لم يفعل لم يكن له شفعة . وإذا تساوى الشفيع والمشتري فقرا كان للشفيع الأخذ مع الأجل دون إلزامه بضامن ، وإذا أعطى المشتري رهنا أو أتى بضامن أخذه الشفيع برهنه وضامنه إن لم يعجل الثمن . ويضاف إلى الثمن أجرة الدلالة وكتابة الوثيقة ومكس مقرر على البيع ظالم .

وذهب الشافعية إلى أن الشفيع يأخذ بمثل ما أخذ به المشتري إن كان مثليا وبقيمته إن كان قيميا وتعتبر القيمة يوم البيع وقبل يوم استقراره بانقطاع الخيار وإذا كان الثمن مؤجلا فالأظهر أن يخير بين أن يعجله ويأخذ في الحال أو يصبر إلى وقت الحلول ويأخذ دفعا للضرر ولا يسقط حقه بتأخير أداء الثمن لعذر. وفي النكاح يأخذ بمهر المثل، وكذلك في الخلع إذا جعل الشقص فيهما عوضا كما تقدم.

وذهب الحنابلة إلى أن الشفيع يملك المبيع بلا حكم حاكم بمثل الثمن الذي استقر عليه العقد وقت لزومه قدرا وجنسا وصفة إن قدر الشفيع عليه ويمهل يومين أو ثلاثة إن طلب الإمهال فإذا مضت الأيام الثلاثة ولم يدفع الثمن فللمشتري الفسخ من غير حكم حاكم، وإذا كان الثمن مثليا أخذ الشفيع بمثله وإلا أخذ بقيمته وقت لزوم العقد، والأخذ بالشفعة عندهم نوع بيع لأنه تملك البيع بثمنه ولكن لا خيار فيه لأن الأخذ بالشفعة قهري ولكونه ضربا من البيع اشترط لصحته العلم بالمبيع والعلم بالثمن فلم يصح الأخذ مع جهالتهم أو جهالة أحدهما. وللشفيع المطالبة بالشفعة مع الجهالة ثم يتعرف مقدار الثمن ولا يلزم المشتري التسليم إلى الشفيع إلا بعد قبض الثمن. وإذا أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين المساهمة مع الغرماء بقدر الثمن وما يزداد في الثمن أو يحطه منه في مدة الخيار يلحق بالعقد لا ما زيد أو حط بعد مدة الخيار، وإذا كان الثمن مؤجلا أخذ الشفيع به مؤجلا إن كان مليئا وإلا أتى بكفيل ملئ دفعا للضرر عن المشتري، وإذا لم يعلم الشفيع بالبيع حتى حل ثمنه المؤجل فالثمن كالحال.

مطالبة الشفيع بالثمن المؤجل :

إذا كان الثمن الذي تم العقد عليه مؤجلا أو منجما خير الشفيع عند أئمتنا الثلاثة بين أخذ العقار المبيع في الحال بثمن حال فيلزم به في الحال^(١)، وبين أن ينتظر حتى يحل الأجل ويستحق أداء الثمن كله، فيأخذ المبيع حينئذ ويلزم بالثمن. وليس يعفيه ذلك من وجوب المبادرة إلى طلب الأخذ بالشفعة موثبة وتقريراً عند الطرفين، فلو ترك أحدهما مع التمكن منه سقط حقه في الشفعة، لأن حق الشفعة

(١) وإذا اختار أن يدفعه كله حالا، فدفعه إلى المشتري - لأنه تسلم المبيع منه - لم يلزم المشتري حينئذ بدفع الثمن إلى البائع إلا عند حلول أجله، لاستقرار العقد بينه وبين البائع على شروطه؛ كما في المبسوط ج ١٤ ص ١٠٣.

يترتب على وجود العقد، فلا بد أن يقرر تمسكه في الحال عند العلم وإلا سقط، ولكن له إذا ما اختار إرجاء الثمن إلى أجله أن ينتظر فلا يطلب من المشتري أن يسلم المبيع إليه إذا ما كان راضيا مستعدا لتسليمه إياه ولا أن يرفع أمره إلى القاضى عند إباته عليه حق الشفعة حتى إذا حل الأجل طالب بالمبيع وألزم بدفع الثمن. وذهب أبو يوسف أخيرا إلى أن له الحق كذلك فى أن ينتظر بالمطالبة ابتداء لأن الطلب مasherع إلا ليكون وسيلة إلى الأخذ عقبه وذلك غير متأت لتأجيل الثمن وعدم رغبة الشفيع فى دفعه حالا، وإذن فلا يجب عليه أن يطلب الشفعة موأابة وتقريرا إلا عند حلول الأجل. وقد ذهب الشافعى على الأظهر من قوله إلى ما ذهب إليه أئمتنا الثلاثة^(١).

ونص فى المادة ٩٤٥ مدنى مصرى على أن الشفيع يحل محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته لا فى الأجل الممنوح له إلا برضا البائع وإذا استحق المبيع رجع الشفيع بالثمن على البائع دون غيره.

وبناء على ما تقدم إذا ما بيعت أرض بمبلغ ألف جنيه كان لشفيعها حق

(١) وذهب زفر إلى أن الشفيع يستحق أخذ المشفوع فيه بما تم التعاقد عليه قدرا وجنسا وصفة، فإذا كان الثمن حالا أخذه حالا؛ وإذا كان منجما أو مؤجلا كله أخذه بنجمه ومؤجلا إلى أجله وذهب أحمد إلى ما ذهب إليه زفر مشروطا يسار الشفيع، فإن كان معسرا لم يكن له إلا أن يأخذ أو يأخذه مؤجلا إلى أجله بشرط أن يحضر كفيلا به تتوافق فيه الملاءة والقدرة على أداء الثمن فى أجله، دفعا للضرر عن المشتري أو البائع. وقال مالك : إذا كان الثمن مؤجلا وقد وثقه المشتري برهن أو كفيل وأراد الشفيع أن يأخذه بشمنه إلى أجله وجب عليه لذلك أن يوثقه برهن مثل رهن المشتري أو بكفيل ملىء ككفيل المشتري، فإن لم يوثقه المشتري بشيء من ذلك وكان الشفيع مثله فى اليسار أخذه بمثل ما أخذ به المشتري إلى أجله وإن كان الشفيع أدنى حالا من المشتري لزمه أن يوثقه برهن أو كفيل؛ وإلا سقطت شفيعته فى جميع الأحوال المتقدمة إذا لم يقم بذلك. والفكرة العامة فى هذا الخلاف ترجع إلى المحافظة على حقوق كل من البائع والمشتري والشفيع دون الإضرار بأحدهم؛ فالحنفية والشافعية يرون أن الأجل ما كان إلا نتيجة لاشتراط فى العقد، وما تم الاتفاق على هذا الشرط إلا لقصد الترفيه عن المشتري مع الثقة به والطمأنينة إلى وفائه بما عليه من ديون، فلإذا تحولت الصفقة إلى غيره بطل الاشتراك، لأن البائع لم يلتزمه إلا للمشتري ولم يلتزمه للشفيع، وقد لا يرغب البائع أو المشتري فى الترفيه عن الشفيع، وقد تكون ثقتهم به معدومة ولا يطمنون إلى وقائه لما عليه من ديون، فلا يستحق الشفيع عليهما تأجيلا. ويرى زفر أن الأجل صفة فى الثمن فيه قيمتها ووزنها. وما دام الشفيع لا يملك إلا بمثل ما يملك به المشتري أو بقيمته فإنه يجب أن يملكه بالثمن مؤجلا إلى أجله كما تملكه المشتري بذلك، وقد تكون هذه النظرة للمالكية والحنابلة أيضا وكلهم راعوا فيها عدم الإضرار بالبائع أو المشتري فشرطوا ما شرطوا من اليسار أو التوثيق بالرهن أو الكفيل. وقد أخذ قانون الشفعة برأى الحنفية لأنه أبعد عن المنازعة.

أخذها بهذا الثمن فإذا حط منه شيء بعد ذلك حط عنه كذلك بقدره وإذا زيد فيه لم يزد عليه، وللشفيع إذا علم أن الثمن صوري وأن الحقيقي أقل مما جاء في وثيقة البيع أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، فإذا أثبتته أمام القضاء أخذ الأرض بالثمن الحقيقي، وإذا كان الثمن مؤجلاً فإما أن يختار الشفيع أخذ الأرض في الحال ويلزم بدفع الثمن حالاً. وإما أن ينتظر بطلب تسليم الأرض إلى حلول الأجل، فإذا حل طلب أن تسلم إليه وأعطى عندئذ الثمن.

وقد سبق بيان الحكم فيما إذا كان الثمن مؤجلاً عند المالكية والشافعية والحنابلة.

تصرف المشتري في المشفوع فيه وزيادته ونقصه في يده

تصرف المشتري في المشفوع فيه :

إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري في المبيع . ولا يرفعه عند الحنفية مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة - كما قدمنا - وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق يتعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين تمتعه بآثار ملكه ، فله أن ينتفع بالمبيع كما يشاء وعلى أى وجه أراد ، فيستعمله أو يستغله ويزيد فيه أو ينقص ، ويبيعه ويهبه ويوصى به ويقفه ، وعلى الجملة لا يتقيد المشتري في انتفاعه بالمبيع ولا في تصرفه فيه بأى قيد ، لافرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها . فتعتبر جميع تصرفاته نافذة من وقت تمامها ، ولكنها مع ذلك لا تمنع الشفيع من حقه ، فله أن يطلب الأخذ بالشفعة وحيث تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة فإن القضاء له بالمبيع في هذه الحال يبطل تلك التصرفات عدا القسمة مع البائع^(١) حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجداً أو مقبرة أو بهبة لآخر مع تسليمه إليه غير أن

(١) إذا اشترى شخص شقصاً من دار ثم قاسم شريكه فتحت ذلك صورتان :

الأولى : ألا يكون له في هذه الدار شريك سوى بائعه الذى اشترى منه الشقص وقد قاسمه واختص بناحية في الدار ، وفي هذه الحال إذا أخذ الشفيع بالشفعة أخذ الحصة المفردة ولا تنقض القسمة لأن القسمة مع البائع من تمام التسليم إلى المشتري ، إذ المقصود من قبض المبيع حيازته وتماها يكون بالقسمة ولا مسوغ لنقض قسمة يحتاج إلى إعادتها في الحال عند تسليم المبيع إلى الشفيع ، وسواء في ذلك أن تكون القسمة تمت بقضاء أم بغير قضاء . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها إذا تمت بالتراضى كان للشفيع أن يتقضها إذ نصير في هذه الحال كتصرف صادر من المشتري لما فيها من معنى المبادلة على التراضى وقد يستفيد من هذا النقض ، أما في حال جريانها بالقضاء فتعتبر طريقاً لتعين المبيع بالقضاء . فإما أن يأخذ الشفيع ما عينه القضاء يبعاً أو يترك ، راجع المبسوط ص ١٠٩ ج ١٤ . وفي الهندية ص ١٨١ ج ٥ أن الشفيع إذا ما ألزم بالقسمة التى اقها المشتري مع الشريك البائع كان له أن يجعل حصة المشتري في أى جانب من المبيع حتى يكون ذلك طريقاً لرفع ما قد يراه من الغبن . وهذا لا يخلو من نقد وجهه بأن ماله نقض القسمة وبخاصة إذا لم تكن الحصتان متساويتين .

الثانية : أن يكون للمشتري شريك آخر غير البائع وقد تمت القسمة بين الثلاثة ، وفي هذه الحال يكون للشفيع نقض القسمة إذ القسمة حيثئذ ليست من تمام التسليم والقبض ، بل تصرف مستقبل عن الشراء فيحق للشفيع نقضه حتى يتجنب في القسمة الغبن ، راجع الهندية ج ٥ ص ٢٨١ من باب تصرف المشتري في المشفوع فيه .

المشتري إذا باع العقار المبيع لآخر، كان الشفيع بالخيار حيث إن شاء أخذ بالمبيع الأول وإن شاء أخذ بالمبيع الثاني لأن كل عقد يثبت له حق الأخذ بالشفعة^(١) فإن أخذ بالأول بطل الثاني وإن أخذ بالثاني لزم الأول.

وإذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه فوهبه لآخر وسلمه إليه أو جعله مسجدا وطلب الشفيع أخذه بالشفعة، فإن رضا المشتري في هذه الحالة لا يكون كافيا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه؛ لزوال يد المشتري عنه ونفاذ تصرفه فيه. وثبوت حق غيره عليه، وإذن فلا بد للشفيع من القضاء له به حتى يتملكه، ويبطل حق غيره فيه، فإذا قضى له به ترتب على ذلك بطلان الوقف أو الهبة، لأن القضاء قد أظهر أن حقه في المبيع كان أقوى من حق المشتري فيه، وأنه أولى به منه وأن المشتري قد تصرف فيه مع تعلق حق الشفيع به، فلا ينفذ تصرفه منعا للإضرار بالشفيع وإلى هذا ذهب الشافعي^(٢).

ويرى المالكية أن المشتري يتملك العقار المبيع بالعقد كما ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية وله بناء على ذلك حق استغلال المبيع والانتفاع به والتصرف فيه بالمبيع وغيره، فإذا باعه لثالث أخذ الشفيع بأى بيع شاء وتكون العهدة على من أخذ الشفيع ببيعه فيرجع عليه عند ظهور العيب، وهذا إذا لم يعلم بتعدد البيع أو علم بتعده وهو غائب، أما إذا علم بتعده وهو حاضر كان له الأخذ بالآخر فقط

(١) إذا تساوى الثمنان في البيعين فلا إشكال كدار يبيعها محمد لأحمد بألف جنيه ثم يبيعها أحمد لرشيد بألف جنيه فيأخذها شفيعها بألف جنيه استنادا إلى أى البيعين شاء ويدفع الثمن إلى من يتسلم منه الدار، وإن كان الثمن في البيع الثاني أكثر بأن باعها أحمد لرشيد بألف ومائتي جنيه فالمعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الأول لقلة ثمنه ويتسلم الدار من هـ في يده، ويؤدى إليه الثمن وهو الألف، فإن كان الأداء لأحمد لأنه تسلم منه الدار، رجع رشيد على أحمد بما دفعه إليه من ثمن (١٢٠٠) إن كان قد دفعه إليه وإن أداه لرشيد لأن الدار كانت في يده، رجع رشيد على أحمد بالفرق بين الثمنين وهو مائتا جنيه إن كان قد دفع إليه الثمن حتى يسلم له ماله، فإن لم يكن قد دفع إليه الثمن لم يكن عليه إلا أن يدفع الألف التى أخذها من رشيد إلى أحمد لأن ذلك المبلغ حقه.

وإذا كان الثمن في البيع الثاني أقل، بأن باعها أحمد لرشيد بثمانمائة جنيه فالمعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الثاني لقلة ثمنه ويدفعها إلى من يتسلم منه الدار. وليس لرشيد إن كان قد أدى الثمن إلى أحمد إلا أن يرجع به عليه إذا لم يأخذه من الشفيع.

(٢) رذهب أحمد إلى أن تصرف المشتري في المشفوع فيه قبل المطالبة به يبطل حق الشفعة إذا كان بوقف أو بهبة أو بتصدق، محافظة على حقوق الوقوف عليهم والموهوب له والمتصدق عليه، لأنها نشأت عن تصرف مالك في ملكه ولا يبطل إذا ما تصرف المشتري برهن أو بإجارة، لبقاء ملك المشتري مع ذلك، وإذا تصرف ببيع كان للمشفوع فيه أن يأخذ بالشفعة إن شاء بالمبيع الأول وإن شاء بالمبيع الثاني كشاف ج ٢ ص ٣٨٦.

لأن سكوته مع علمه بتعدد البيع دليل على رضاه بالشركة مع من اشتراه عدا الأخير، وعندئذ يدفع الثمن لمن أخذ منه المبيع، ويلاحظ أنه عند تعدد المبيع وثبوت الحق للشفيع بأن يأخذ بأى بيع شاء فإن البائعين حينئذ يتحاسبون فيرد كل منهم على صاحبه ما أخذه من الشفيع زيادة بدون مقابل^(١).

زيادة المشفوع فيه فى يد المشتري :

وإذا نما المشفوع فيه فى يد المشتري، بأن حدث النماء بعض القبض فأخذه المشتري قبل تملك الشفيع كان خالصا لأنه نماء ملكه، فإذا أجر المشتري الأرض بعد تسلمها كانت الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على تملك الشفيع خالصة للمشتري لأنها غلة ملكه، وكذلك إذا كان فى الأرض شجر فثمر وأدرك وأخذ المشتري الثمر أو زرعها فاستحصد الزرع وحصد المشتري فلا يكون للشفيع أن يأخذ شيئا من ذلك بخلاف ما إذا كان الثمر موجودا عند الشراء فإن له حكما آخر سيأتى فى أحكام نقص المشفوع فيه، وبخلاف ما إذا أثمر الشجر فلم يجنده المشتري حتى حكم للشفيع فإنه يكون للشفيع حينئذ تبعا لأصله كما فى التبيين والبحر والهداية^(٢).

وإذا زاد المشتري فى العقار المشفوع فيه قبل أن يملكه الشفيع. ثم قضى للشفيع بأخذه فإنه يأخذه بالثمن ابتداء، أما حكم هذه الزيادة فيختلف باختلاف حالها، فإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال سواء أكان ذلك راجعا إلى طبيعتها- كإصلاح الأرض بشق مصارفها وكثرة غسلها بالماء وتسميدها وشق المراوى فيها وحفر الآبار وورفع الأحجار والرمال منها ومعالجة تربتها بالمواد الكيميائية وغير ذلك- أم كان راجعا إلى أنها إذا فصلت ذهبت قيمتها كطلاء أخشاب الدار وجدها مثلا : فإن الشفيع يأخذ المبيع بثمنه مضافا إليه ما زادته هذه الزيادة فى قيمته. فإذا كان المشتري قد اشترى العقار بألف جنيه فأصبح بعد الزيادة فيه بسببها يساوى ١٥٠٠ جنيه أخذه الشفيع بذلك^(٣).

وإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال بلا ضرر يحدث فى العقار من انفصالها، وكان لها نهاية معلومة كالزراع فى الأرض، فإن العقار يبقى فى يد

(١) الشرح الصغير للرددير ج ٢ ص ٢٠٧.

(٢) ولعل وجه ذلك : أنه فى هذه الحال يعتبر كالجزم من المبيع، وخاصة إذا لم يدرك وليس يزيل هذا ما فى هذا الحكم من موجبات النقد. فإن النماء على أية حال يعتبر مالا قد تولد من مال مملوك للمشتري فيجب أن يكون ملكا له تبعا لأصله، ولا يستحقه الشفيع على أية حال.

(٣) محل ذلك : إذا كانت قيمة العقار عند بيعه ألفا كثمته، أما إذا كانت قيمته عند البيع ثمانمائة جنيه =

المشتري إلى أن يستحصد الزرع ويدرك فيحصده، ثم تسلم الأرض بعد ذلك إلى الشفيع، ولا يمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته، ولذلك يستحق أجر مثل الأرض على المشتري طيلة مدة بقائها في يده.

وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يقضى للشفيع في هذه الحال بشفعته، إلا بعد أن يدرك الزرع وهذا ما في المبسوط (ج ١٤ ص ١٣٣) وحينئذ لا يستحق الشفيع على المشتري أجرا. وإلى هذا ذهب الإمام مالك وأحمد^(١) والأول أصح عند الحنفية. وإن لم يكن لها نهاية معلومة كالبناء والغراس، كان للشفيع أن يكلف المشتري بهدم بنائه ورفع أنقاضه، وبقلع شجره وأخذ أخشابه ليتسلم العقار حاليا مما زاده فيه المشتري، مادام متمسكا بحقه في الشفعة ويجوز لهما في هذه الحال أن يتفقا على أن يأخذ الشفيع العقار وما عليه من البناء والشجر مستحقى القلع^(٢).

أما إذا كان فصل هذه الزيادة من الأرض يضر بها بسبب ما يحدثه فيها من حفر عميقة أو اختلاط بين طبقاتها المختلفة المادة. فإن المشتري لا يمكن في هذه الحال من رفع زيادته وللشفيع حينئذ أن يملكها إذا أراد جبرا عنه بقيمتها مستحقة القلع دفعا للضرر عن نفسه. ولا ضرر على المشتري في ذلك لأنه يعد ظالما بإبائه البيع وإصراره على رفع زيادته مع ما يترتب على ذلك من ضرر بالأرض وهذا ما جاء في كتب ظاهر الرواية من أحكام في هذا الموضوع^(٣).

== وقد صارت قيمته بالزيادة ١٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه وألف، فإن مقدار ما زادته الزيادة فيه سبعمائة جنيه، وحينئذ يأخذ الشفيع بسبعمائة وألف، أي بالثمن مضافا إليه الزيادة أو يترك. هذا ما يظهر لى من قولهم: إن شاء ترك وإن شاء أخذ بالثمن وأعطى ما زاد فيها المشتري. راجع الحاشية ج ٣ ص ٥٤١، والذي يظهر من قوله ما زاد فيها المشتري أن العقار يقوم قبل الزيادة التي زادها المشتري ثم يقوم بعدها، والفرق هو ما زاد فيه المشتري ولا يقوم حين العقد حتى لا يكلف الشفيع زيادة ترتبت على زيادة الأسعار في الفترة بين العقد وبين عمل المشتري.

(١) ذهب الشافعي وأحمد إلى أن الزرع والثمر يقيان في الأرض بلا أجر إلى أوان الحصاد للزرع، والجذاذ للثمر لأنه زرع ملك نفسه، وهذا يدل على أن الثمر لا يكون للشفيع في هذه الحال، كما ذهب الحنفية: بل للمشتري، وهذا الرأي أوجه لأنه ثمار مال مملوك للمشتري، وإن كان لما يدرك.

(٢) إذا كان أساس هذا تراضيهما معا فإن تحديد أخذ الزيادة بهذه القيمة يكون قليل الفائدة، لأن العوض سيكون نتيجة لاتفاقهما أيضا. وقد يتجاوزان به إلى قيمتهما قائمين، ولا حرج عليهما في ذلك.

(٣) في هذه الحال انتفع الشفيع بما زادته الزيادة من قيمة في العقار نظير قيامه بدفع قيمتها مستحقة القلع، وذلك أقل من الزيادة بكثير، وفي الحال الأولى ينتفع بالزيادة نظير دفع ما زادته من قيمة، وهذا عدل، وما خالف بين الحالين في الحكم إلا أن الزيادة التي زادها المشتري في إحداها لا تقبل الانفصال وفي الأخرى تقبل الانفصال ولكن لا يمكن منه المشتري لما يترتب عليه من الضرر بالعقار، فهل هذا فرق يبرر الاختلاف في الحكم؟ اللهم لا.

وذهب أبو يوسف فى رواية عنه إلى أن الشفيع ليس له فى الأحوال السابقة حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر، ولكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافا إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين فى الأرض. ذلك لأنه لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعديا، لأنه إنما بنى وغرس فى ملكه، فإذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبرا عنه بحق الشفعة وجب ألا يترتب على ذلك ضرر به. وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما؛ لأن الشفيع يأخذ ما زاد فى الأرض بقيمته، والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة، وإذا كان فى إلزام الشفيع بأخذ شئ قد لا يرغب فيه بعض ضرر، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهم مستحقى القلع، وعند تعارض الضررين يحتمل الأقل.

ووجه ظاهر الرواية : أن المشتري حين بنى أو غرس فعل ذلك بملك تعلق به حق مؤكد لغيره من غير إذن منه، وهو تصرف يمس حقه، لعدم إمكان تسليم العقار إليه حيثئذ بدون هذه الزيادة، فكان بذلك متعديا، لأن حق الشفيع أقوى من حقه، ألا ترى أنه يستطيع نقض تصرفات المشتري جميعها؟ ولهذا كان عليه أن يترتب إلى أن يفصل فى أمر الشفعة، وإذا لم يفعل لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر، وبرأى أبى يوسف أخذ أحمد : «كما فى كشف القناع» إذا كان المشتري قد بنى أو غرس قبل طلب الشفيع لا بعده.

وفى كتب الحنفية أن مذهب الشافعى ومالك كراى أبى يوسف، ويؤيده ما فى المدونة وما فى كتاب اختلاف العراقيين للشافعى، ولكن الموجود فى النهاية : (من كتب الشافعية) أن للشفيع الخيرة، فإما أن يبقى البناء والشجر بأجر المثل، وإما أن يكلف المشتري قلعهما. ويلتزم له بالفرق بين قيمتهما مقلوعين، وقيمتهما قائمين، وإما أن يملكهما قائمين^(١).

وقد أخذ قانون الشفعة برأى وسط، استنبطه مما ذهب إليه الحنفية، فأخذ برأى الطرفين إذا ما بنى المشتري أو غرس بعد مطالبة الشفيع بالشفعة، ورأى أبى يوسف إذا ما فعل ذلك قبل مطالبة الشفيع بها، وهو توفيق حسن لأن إقدام المشتري على البناء والغراس بعد الطلب إهمال بين لحق الشفيع بعد أن تقرر

(١) راجع النهاية والروض من كتاب الشفعة.

بالطلب، فيكون به متعديا، فيعامل معاملة المتعدى، ويتحمل ما يترتب على عمله من ضرر، بخلاف ما إذا كان ذلك قبل طلب الشفعة، فإن حق الشفيع حينئذ لم يتقرر، وعساه لا يطلبها فلا يظهر تعديه.

نقص المشفوع فيه في يد المشتري : وإذا نقص المشفوع في يد المشتري، فإن كان النقص فيما يقيمه مما يدخل في عقد البيع تبعا من غير نص عليه في العقد، كالبناء والشجر، اختلف الحكم باختلاف سبب هذا النقص، فإن كان النقص من غير تعد، كانهدام البناء لتصدعه أو لزلزال حدث، وكجفاف الشجر لآفة أصابته، لم يكن للشفيع إذا أراد الشفعة إلا أن يأخذ العقار المشفوع بثمنه دون نقص منه في مقابلة ما نهدم من البناء أو ماجف من الشجر، لأنهما ما دخلا في عقد البيع إلا تبعا، وما كان كذلك لا يخصه حصة من الثمن فإذا زال لم ينقص الثمن بسبب زواله^(١) ولكن إذا بقيت أنقاض البناء أو أخشاب الشجر لم يأخذها الشفيع لأنه لا يأخذها إلا باعتبارها تابعة للعقار، إذ لا شفعة في المنقول، ولا تعتبر تابعة إلا عند اتصالها، وإنما يأخذها المشتري لانفصالها عن العقار، ولا يأخذها مجانا، بل تحسب عليه بحصة من الثمن تتناسب مع قيمتها وقت أخذها، ولا يلزم الشفيع إلا بدفع الباقي، وطريقة الوصول إلى معرفته أن تقوم الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها^(٢) وتنسب إلى قيمة المبيع كاملا عند عقد البيع ثم ينقص من الثمن بقدر هذه النسبة، فإذا كانت قيمة الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها مائة جنيه، وقيمة البيع عند العقد ٢٠٠٠ جنيه كانت النسبة ٥ في المائة فلا يدفع الشفيع منه عند أخذه العقار المشفوع إلا ٩٥ في المائة من ثمنه، ومثل ذلك في الحكم ما إذا ابتاع المشتري من العقار المشفوع أتربة قبل أخذه بالشفعة، فإنه ينقص من الثمن بنسبة قيمة ما باع عند بيعه إلى قيمة المبيع عند العقد عليه أيضا على ما بيناه^(٣).

(١) وذهب الخالبة إلى أن المشفوع فيه إذا تلف بعضه فانهدم بناء الدار التي بيع شقص منها سواء أكان ذلك بفعل مطر أو زلزال أو بفعل آدمى فإن للشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن. وإذا كان النقص بالتعيب فقط مع بقاء المشفوع فيه كانشقاق الجادر أو تشعث الشجر فليس للشفيع إلا أن يأخذ بكل الثمن أو يترك (التشعث : التغير).

(٢) إنما قومت وقت أخذها لأنه وقت حبسها عند الشفيع كما في رد المختار ج ٥ ص ١٦٤.

(٣) إذا كان أخذ الأتربة ضارا بالأرض كان ذلك إتلافا لما دخل تبعا. وكان الحكم كالحكم عند التعدى على التابع، وأما إذا لم يكن ضارا بها كان حكمها حكم الشجر الساقط بلا اعتداء أخذه المشتري فباعه، فيكون التقويم وقت حبسه عن الشفيع وذلك عند بيعه لا عند بيع الأرض، هذا ما ظهر لى.

وإن كان النقص بتعد كأن اعتدى على البناء متعد فهدمه، أو على الشجر فقلعه، سواء أكان المشتري أم غيره، فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن وهى ما يبقى بعد نقص ما يخص البناء أو الشجر، وطريقة الوصول إلى معرفة ذلك : أن يقوم العقار المبيع عند العقد وعليه البناء أو الشجر، ثم يقوم كذلك عند العقد وقد خلا من البناء أو الشجر، ثم نسب القيمة الثانية إلى الثمن القيمة الأولى، فتكون هذه النسبة هى نسبة حصة الأرض فى الثمن إلى الثمن جميعه، فإذا كانت الأرض قد بيعت بما عليها من البناء بألف ومائتى جنيه وتسلمها المشتري، ثم اعتدى شخص على البناء بالهدم، ثم طلب الشفيع الشفعة، فإننا نقوم الأرض بما عليها من البناء عند العقد ولتكن قيمتها خمسمائة جنيه، وألفاً، ثم نقومها كذلك وبنائها مهدوم ولتكن قيمتها خمسمائة جنيه، ثم نسب هذه القيمة إلى القيمة الأولى. فإذا النسبة بينهما الثلث، فنعلم أن حصة الأرض من الثمن الثلث وهو ما يجب على الشفيع أدائه إذا أخذ الأرض ومقدار ذلك من الثمن أربعمائة جنيه ويكون للمشتري فى هذه الحال جميع النقص، لعدم ثبوت الشفعة فيه، لانفصاله عن العقار، وبهذا تبين أن هذه الحال تفارق حال الانهدام بغير اعتداء، ففى هذه الحال روعى دائماً وقت العقد فى التقويم، لأنه وقت تملك المشتري وثبوت حق الشفيع، كما روعى فيه قيام البناء على الأرض ولم يقوم أنقاضاً، لصيرورته حينئذ أصلاً مقصوداً بسبب الاعتداء عليه، وفى تلك لم يراع وقت العقد فى تقويم النقص ولم يقوم بناء قائماً، لأن البناء بالنسبة للأرض تبع عند الخفية، فلا يقابله جزء من الثمن إلا عند الاعتداء عليه، ولانهدامه فى هذه الحال بغير اعتداء لم يقابله شئ من الثمن، وكان الثمن كله للأرض وحدها. ولكن حين يأخذ المشتري النقص بحبسه بذلك عن الشفيع، فيكون حينئذ مقصوداً بالمنع، فيضمن حصته من الثمن على الوجه الذى بيناه سابقاً، ولا يقوم إلا حين الحبس أى منفصلاً عن الأرض^(١). هذا وما هو جدير بالملاحظة أن المشتري إذا كان هو المعتدى فقد استوجب اعتدائه نقص حصته من الثمن هى حصة ما أتلفه، وإن كان المعتدى أجنبياً فإنه يضمن للمشتري قيمة ما أتلفه وقت إتلافه، وقد تكون تلك القيمة مساوية لما نقص من الثمن أو أقل أو أزيد، تبعاً لاختلاف القيم

(١) راجع المبسوط ج ١٤ ص ١١١.

باختلاف الأوقات والغرم حال انخفاضها بالغرم حال ارتفاعها، وإن كان النقص فى هذا العقار المشفوع فيه، أو فيما نص عليه فى العقد من تابع له كالزراع فى الأرض والثمر على الشجر وآلات الحراثة وماشيتها ونحو ذلك فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن بالطريقة التى بينها من قبل، سواء أكان ذلك النقص نتيجة اعتداء أم كان من غير اعتداء، فإذا بيعت أرض بما عليها من الزرع «قمح أو شعير أو خضر» أو بما على شجرها من الثمر، أو بآلات حراثتها - وكانت على حافة نهر - فأصاب الزرع عند المشتري آفة أهلكته، أو أصابت ثمر الشجر فأسقطته، أو سرت آلات الحراثة، أو جرف ماء النهر جزءا من الأرض، أو اعتدى على الزرع معتد فقلعه من الأرض أو أحرق الآلات، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن، وذلك بأن يقوم الزرع أو الثمر أو آلات الحراثة، أو ما جرف من الأرض ثم تنسب القيمة إلى قيمة المبيع كله وقت العقد، ثم ينقص من الثمن بقدر تلك النسبة على ما بيناه من قبل، فيأخذ الشفيع ما بقى، وتكون الانقراض للمشتري لأن الشفيع إنما يأخذها تبعا للعقار، وقد زالت تلك التبعية بانفصالها عنه ويكون تقويم البيع بحسب حاله وقت العقد، وكذلك تقويم التالف^(١) سواء كان تلفه تبعد أو من غير تبعد، لأن الشفيع يأخذ المبيع بما قام به على المشتري وقت العقد، فلا عبرة بما يحدث من التغيير بتعد من ارتفاع فى القيم أو نقص فيها فإذا ما حصل ارتفاع، فذلك من حظ المشتري ما دام لم يدخل فى ملك الشفيع^(٢).

ويرى الحنابلة أن المشتري إذا غرس فى المبيع أو بنى بعد قسمته مع الشركاء له تسقط الشفعة بذلك، وللشفيع أن يأخذ إذا علم ويدفع قيمة الغراس أو البناء.

(١) وبهذه الطريقة عينها يتوصل إلى معرفة ثمن العقار المشفوع فيه إذا بيع مع منقول صفقة واحدة بثمان واحد، كأن تباع دار وسيارة، بأربعة آلاف جنيه، فإن شفيع الدار له الحق فى أخذها دون السيارة وعندئذ يقدر الثمن كما بينا.

(٢) هذا قول أبى يوسف، وعند محمد إذا كان التالف شجرا أو تمرا أو زرا تقوم الأرض عند العقد مزروعة أو غير مزروعة، وكذلك الأشجار مثمرة وغير مثمرة، فربما لا يكون لذلك وقت العقد قيمة تذكر فيتضرر الشفيع بتقويمه عند العقد، ولذلك يدفع هذا الضرر بأن يقسم الثمن على قيمة الأرض مزروعة وغير مزروعة - فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض، يأخذها الشفيع بذلك ولا شك أن هذا اعدل، فقد يكون الثمر أو الزرع عند العقد عديم القيمة، فيلزم الشفيع بكل الثمن، بينما المشتري قد انتفع مع ذلك بما يستحقه الشفيع بقتضى العقد. راجع المبسوط ج ١٤ ص ١٣٤ وما بعدها.

لربهما حين تقويمه، وطريقة ذلك أن تقوم الأرض مغروسة أو مبنية ثم تقوم خالية فسيكون ما بينهما قيمة الغراس أو البناء فيملكه الشفيع بما بين القيمتين، أو تقوم ويضمن نقصيه من القيمة وهو ما بين قيمة الأرض مغروسة أو مبنية وبين قيمتها خالية، فإن اختار الشفيع أخذه وأراد المشتري قلعه فله ذلك لأنه ملكه ولو أضر ذلك بالأرض ولا يضمن نقص الأرض حينئذ ولا يلزمه تسوية حفرها إذ لم يكن معتديا فيما بنى أو غرس^(١).

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٣٨٩.

ما تسقط به الشفعة

يسقط حق الشفعة بسبب من الأسباب الآتية :

الأول : الرغبة عنها صراحة، ويندرج تحت ذلك ما يأتي :

(أ) الإسقاط الصريح : كأن يقول الشفيع : أسقطت حقي في الشفعة أو تنازلت عن شفعتي ، أو رغبت عنها ، أو نحو ذلك ، ولا يكون ذلك مسقطا لحق الشفعة إلا إذا صدر بعد ثبوته ، إذ لا يقبل الإسقاط إلا الحق الثابت^(١) . أما غير الموجود فلا يقبل الإسقاط .

وبناء على ذلك لو عرض الجار على جاره أن يشتري داره لأنه يريد بيعها ، أو عرض الشريك على شريكه أن يشتري حصته فأبى ، لم يسقط بذلك حقه في الأخذ بالشفعة عند تمام البيع لغيره ، وكذلك إذا قال الجار لجاره أو الشريك لشريكه قبل البيع : لا رغبة لي في الأخذ بالشفعة ، أو قال لن أطالب بالشفعة إذا تم البيع أو نحو ذلك ، لم يلتزم بما قال ، وكان له حق الأخذ بالشفعة عند تمام البيع . وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء وخالف أهل الظاهر . وبعض السلف قالوا : إذا عرض على الشفيع المبيع قبل البيع فرغب عنه لم يكن له بعد ذلك حق طلبه بالشفعة إذا بيع لغيره ، وكذلك إذا أعلن أنه لا يرغب في أخذه بالشفعة ، لأن طلبه بعد ذلك يعتبر تغريرا ، ولا يقر على ذلك التغرير . وكذلك لا يقبل الإسقاط من الشفيع بعد أن يملك المشفوع بالرضا أو بالقضاء لأن إسقاطه في هذا الحال يعد إسقاطا لحقه في المشفوع . وليس ذلك الحق لإملاكا والملك لا يقبل الإسقاط وإنما يقبل الانتقال بسبب من أسباب نقل الملكية أو الفسخ برد البيع بسبب فاسخ للعقد وسقوط الشفعة بالإسقاط الصريح محل اتفاق بين جميع المذاهب إذا كان ذلك بعد حدوث البيع . أما إذا كان قبل حدوث البيع فلا تسقط الشفعة عند الخابلة وغيرهم^(٢) .

(١) إذا سلم الشفيع الشفعة للمشتري وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم ، وإن صدقه المشتري أنه لا يعلم ، لأنه صرح بإسقاط حقه بعد الوجوب ، وعلمه به ليس بشرط لإسقاطه باللفظ الموضوع له ، كالإبراء عن الدين ، مبسوط ج ١٤ ص ١١٣ ومحل ذلك إذا لم يخدع ويسلم على اعتبار أن لا حق له ، أما إذا سلم على هذا الاعتبار لم يظهر أن له حقا كان له حق الشفعة . مبسوط ج ١٤ ص ١٥٨ .

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٣٨٢ .

ويرى الحنابلة أن إقدام الولي على إسقاط شفعة موليه لا يصح ولو كان أبا حتى كان له بعد ذلك الأخذ بالشفعة بعد زوال ضعف أهليته، وقيل ليس له ذلك إلا إذا كان له حظ فيها وعليه الأكثر.

وقد نص في المادة ٩٤٨ فقرة ١ مدني مصري على أن حق الشفعة يسقط إذا نزل عنه الشفيع ولو قبل حدوث البيع، ولا شك أن ذلك يترتب على نزوله عنه صراحة أو دلالة.

(ب) المعاوضة على حق الشفعة، فإذا أسقطه الشفيع نظير عوض مالي سقط حقه ولم يجب له العوض، ومثل ذلك ما إذا باعه، وتوجيه ذلك يكون ببيان نقطتين :

الأولى : بيان السبب في سقوطه، مع أن الشفيع في واقع الأمر ومعناه : إنما علق سقوطه على مال يجب له عوضا عنه، وهذا المال لم يجب ولم يوجد، والمعلق على غير موجود يعتبر كذلك غير موجود إلى أن يوجد بوجوده.

الثانية : بيان السبب في عدم وجوب المال للشفيع بتلك المعاوضة مع ظهور منفعة المتعاقدين فيها.

فأما عن النقطة الأولى فقالوا : إن هذا التعليق فاسد لأنه يقتضي استحقاق مال بالباطل، فإن الشفعة حق مجرد يتبع الرغبة والمشئمة؛ ولا أثر له في المبيع وما كان كذلك لا يعد مالا ولا يستحق به المال، ويكون استحقاق المال به وجعله سببا لذلك مخالفا للمشروع، فيلغو ذلك التعليق لهذا السبب، وإذا لغا ذلك التعليق وبطل بقى الإسقاط وكأنه إسقاط مطلق لا تعليق فيه، فيفيد أثره من سقوط الحق، دون أن يجب به المال. وأما عن النقطة الثانية، فقد تبين لنا في بيان النقطة الأولى أنها معاوضة مخالفة للمشروع فتكون باطلة والباطل لا يفيد التزاما^(١) وخالف في ذلك كثير من المالكية، فأجازوا إسقاط حق الشفعة نظير بدل^(٢) وأوجبوا البذل بذلك للشفيع على من التزمه. ولا شك أن هذا بين^(٣).

(١) وإلى هذا ذهب الشافعية غير أن منهم من قال : إن شفعتي لا تسقط بهذه المبادلة إلا إذا علم أنها مبادلة باطلة، فإن كان يظن أن المبادلة صحيحة لم تسقط. روض ج ٢ ص ٣٧٩.

(٢) روى عن مالك : إذا سلم الشفيع الشفعة بعد الشراء على مال أخذه جاز. وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال، وكان على شفيعته.

(٣) في المدونة : من وجبت له الشفعة فجاءه أجنبي فقال له : خذ بشفعتك ولك مائة دينار أو وأربحك فيها، فلا يجوز ويرد ذلك إن وقع، ولا يجوز له أن يأخذ بشفعته لغيره أ هـ وبناء على ذلك إذا أخذ الشفيع بالشفعة لم يملك غيره بعد ذلك لم يجز، وبطلت شفيعته منتج ج ٣ ص ٥٩٠.

وأما قول الحنفية إن حق الشفعة لا يجوز الاعتياض عنه فمحل نظر، على أننا إذا سلمنا ذلك لهم لم نجد مبررا للقول بسقوط الحق مع تعليقه على أمر لم يتحقق.

(ج) التنازل عن الشفعة لبعض الشفعاء : فإذا تنازل شافع لأحد الشفعاء عن حقه في الشفعة بعد ثبوته له وكان ذلك قبل تملكه المشفوع فإنه يسقط لما في ذلك من الرغبة عنه ثم تكون حصته بين سائر الشفعاء بالسوية، لا يختص بها من صدر التنازل له، لأن المتنازل لم يملك بالشفعة شيئا يصح أن يملكه لغيره وهذا محل اتفاق، وكذلك يسقط حقه في الشفعة إذا وهب نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيرهم لأن ذلك يعد إعراضا عنها.

(د) رضا الشافع بالمشتري. فإذا علم به فرضيه جارا أو شريكا، بأن كان منه ما يدل على ذلك سقط حقه في الشفعة، لأن هذا الحق لم يشرع إلا لدفع ما يتوقع من ضرر الدخيل ولا يتوقع منه ضرر للشافع بعد أن رضى عنه وهذا محل اتفاق.

ويرى الحنابلة أن إقدام الشافع على مساومة المشتري في البيع أو طلبه منه الصلح أو الهبة أو الإجارة ونحو ذلك مسقط لشفعته^(١) لأن ذلك يعد إقرارا منه لبقاء ملكه ولا يسقط حقه بقبوله الوكالة عنه في الشراء لأن ذلك يعد سعيا منه لثبوت حق الشفعة له والمطالبة به، وإذا باع وصى الأيتام لأحدهم نصيبا من عقار مشترك بينهم كان له الأخذ بالشفعة لغير من باع له وليس للوصى إذا كان شريكا معهم أن يأخذ لنفسه في هذه الحال لأنه متهم في بيعه عن موليه حينئذ، وهذا بخلاف الأب إذ يكون له الأخذ لعدم اتهامه، ولو باع الوصى نصيبه لأجنبي كان له الأخذ بالشفعة لموليه الشريك^(٢).

الثاني : الرغبة عنها دلالة ويندرج تحت ذلك ما يأتي :

(أ) تأخير طلب الموائبة عن وقته بلا عذر، كأن يعلم بالعقد وبالمبيع وبالثلثين وبالمشتري، ثم لا يبادر إلى الإعلان عن تمسكه بحقه في الأخذ بالشفعة بلا عذر

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٣٨١.

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٣٨٣.

حتى ينتهى المجلس، فإذا علم فقال : على أن أتروى فى الأمر ونحو ذلك ولم يطلب، سقط حقه فى الشفعة . وقد تقدم عند الكلام على طلب الموائمة ما ذهب إليه المالكية من أن تأخير الطلب مسقط للشفعة إذا أخره لما بعد المدة التى اختلفوا فى تقديرها على ما بيناه سابقا . وفى نهاية المحتاج للشافعية أن الأظهر أن طلب الشفعة يكون على الفور، وإن تأخر الملك، فإذا علم الشفيع بالبيع فليبادر فور علمه من غير فاصل معتاد إلى طلبها . والمرجع فى ذلك إلى العرف فما عده العرف توانيا وتقصيرا كان مسقطا للشفعة ومالا فلا . فإن لم يعلم كان على شفيعته وإن مضت سنون^(١).

وذهب الحنابلة إلى أن طلب الشفعة يكون على الفور ساعة العلم بالبيع وذلك بأن يشهد الشفيع على المطالبة بها حين يعلم ما لم يكن له عذر يمنعه من الطلب ثم إذا أشهد على الطلب كان له مخاصمة المشتري أمام القضاء ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين . ولا يشترط فى المطالبة أن تكون بحضرة المشتري ولكن إذا كان المشتري غائبا عن المجلس حاضرا فى البلد فالأولى أن يشهد على الطلب خشية الجحود وخروجا من الخلاف وإن أخره بلا عذر سقطت شفيعته^(٢).

(ب) تأخير طلب التقرير عن وقته من غير عذر أو عدم القيام به فى مكانه، كما قدمنا وكذلك ترك الإشهاد عليه عند من يشترطه فى طلب التقرير، أما عند من يرى أنه حسن فلا يكون تركه مسقطا للشفعة . وهذا عند الحنفية أما عند غيرهم فقد تبين - فيما سبق - أنهم لا يرون تكرار الطلب قبل القضاء فى التملك بالشفعة .

(ج) تأخير طلب الخصومة أمام القاضى مع التمكن منه عند غير أبى حنيفة، وقد فصلنا ذلك .

(د) مساومة الشفيع للمشتري فى المبيع بعد علمه بشرائه، ولو كان ذلك بعد مطالبته بالشفعة، كأن يطلب منه استجاره أو شراءه بثمان أقل، أو إشراكه معه فيه، لأن هذا يعد رضا منه بشركته أو بجواره، فإن للإجارة مدة تنتهى بانتهائها،

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١٣

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧٩

فيعودان خليطين أو جارين . وطلب الشراء بثمن أقل يتضمن عدم الرغبة في المبيع
بالبثمن المتفق عليه ويتضمن الرضا بالشركة أو المجاورة مع هذا، وطلب الاشتراك
صريح في الرضا بالشركة، ومن يرغب في شركته يرغب في جواره .

أما إذا لم يعلم بالشراء، ولكنه ساومه على زعم أنه قد تملكه بالهبة مثلا لم
يسقط حقه إذ لا علم له بثبوت حق له حتى يعد ذلك دليل إعراضه عنه . وهذا
محل اتفاق بين المذاهب .

(هـ) قيام الشفيع ببيع المشفوع فيه بالوكالة عن مالكه، فإذا وكل الشريك
شريكة في بيع حصته أو الجار جاره في بيع داره أو أرضه فباعها له لم يكن لهذا
الوكيل حق أخذها بالشفعة بناء على هذا البيع، لأن قيامه بذلك يتضمن رغبة عن
أخذه بالشفعة؛ ذلك لأن الوكيل في البيع يعتبر مملكا، وبسبب مباشرته للعقد
يكون ملتزما بتسليم المبيع إلى مشتريه وإتمام تلك الصفقة له، فإذا ما جاز أخذ
المبيع في هذه الحال بالشفعة كان ساعيا في نقض ما تم من جهته، وكان ذا موقفين
متناقضين متعارضين، أحدهما يلزمه بتسليم المبيع وذلك باعتباره بائعا، وثانيهما
يجعل له حق استبقائه، وذلك باعتباره شفيعا فلا يقبل منه ذلك . وهذا بخلاف
قيامه بشراء العقار المشفوع فيه بالوكالة عن المشتري . لأن قيامه بهذا العقد يعتبر
سعيا منه في تحقيق سبب شفيعته، ولا يكون به ملتزما بأن يسلم المبيع إلى مشتريه
لأن له أن يتخلى عن ذلك بسبب أنه بوكالته عنه لا يلتزم له بشيء فلا يكون في
موقفه تناقض، فيثبت له حق الشفعة .

وذهب الشافعي إلى أن الوكيل في البيع أو في الشراء إذا كان شفيعا كان له
حق الأخذ بالشفعة فيما باعه لموكله أو اشتراه، وسبب ذلك : أن الحقوق لا ترجع
إلى الوكيل عنده، بل إلى الموكل، فلا يتعارض موقفه بائعا مع موقفه شفيعا .
راجع الروض ج ٢ ص ٣٦٧ .

وذهب الحنابلة إلى أن رضا الشفيع بالبيع لا يسقط الشفعة سواء كان صريحا
أو دلالة بخلاف رضاه بالمشتري؛ لأن البيع سبب لثبوت حقه فوجب أن يكون
محلا لرضاه ما دام راعبا في حقه وعلى ذلك لا تسقط شفيعته إذا ضمن المشتري
في الثمن أو دعا له بعده أو قبل الوكالة في البيع عن أحد العاقلين أو جعل له
الخيار فاختر إمضاء البيع لم تسقط شفيعته لأن المسقط لها أن يرضى بترك حقه بعد
ثبوته .

(و) اشتراط البائع خيار الشرط للشفيع وقبوله ذلك، فإذا باع شريك حصته فى دار وجعل خيار الشرط لشريكه- إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه، فقبل ذلك، وأمضى البيع سقطت شفעתه، لأن إمضاءه دليل رضا بشركة المشتري، وإن فسخه لم يكن له حق الشفعة أيضا لأنه إنما يثبت بالبيع وقد ارتفع بالفسخ^(١). وهذا بخلاف ما إذا شرطه المشتري للشفيع، إذ للشفيع فى هذه الحال قبل إمضاء البيع أو فسخه حق الأخذ بالشفعة، لخروج المبيع من ملك بائعه، فإن فسخه فلا شفعة لزوال السبب فى ثبوتها^(٢)، وإن أمضاءه فلا شفعة له كذلك على ما يظهر لى، لأن إمضاءه مع عدم الحاجة إليه فى ثبوت الشفعة يعد دليلا على الرضا بالمشتري.

(ز) ضمان الشفيع المشتري فى الثمن للبائع، أو ضمانه للمشتري الدرك^(٣). فإذا ما ضمن الشفيع للبائع المشتري فى الثمن، أو ضمن للمشتري درك البيع، كان ذلك رضا بتمام البيع للمشتري، فيسقط حقه فى الشفعة.

الثالث : مطالبة الشفيع ببعض العقار المبيع عند علمه به على رأى محمد، خلافا لأبى يوسف وقد بينا هذا.

الرابع : أن يخرج الشفيع العقار المشفوع به من ملكه قبل تملكه المشفوع فيه، سواء أكان يعلم ببيعه أم لا. فإذا باع شخص حصته فى الدار المشتركة بعد أن باع شريكه حصته فيها سقط حقه، سواء أكان يبيعه لحصته بعد أن طلب الأخذ بالشفعة أم قبل أن يعلم أن شريكه قد باع حصته، وذهب أحمد إلى أن حقه لا يسقط إلا إذا كان يبيعه لحصته بعد العلم ببيع شريكه أما إذا باع قبل أن يعلم، وكان يبيعه بعد بيع شريكه كان له حق الأخذ بالشفعة^(٤). لأن يبيعه فى الحال الأولى بعد إعراضه عن حقه، وليس كذلك يبيعه فى الحال الثانية فيكون له حق الطلب لثبوت حقه قبل أن يبيع، وعدم سقوطه بالبيع، لأن أحمد لا يشترط أن يبقى الشفيع مالكا لما يشفع به حتى يملك.

(١) أى ولم يتحقق قبل ذلك خروج المبيع من ملك بائعه، وهو الشرط لثبوت الشفعة.

(٢) أى ولأن إعراضه عن سببها وشغله برفعه إعراض عنها.

(٣) ضمان الدرك : أن يضمن الشفيع البائع فيما يدرك المشتري من استحقاق المبيع ونحوه.

(٤) ذهب الشافعى إلى أنه لو باع الشفيع حصته فى العقار المشتري أو بعضها بعد ثبوت السبب وهو العقد، وقبل التملك سقطت شفעתه، لزوال شركته فى الحال الأولى، ولرضاه بسقوط شفעתه فى بعض المبيع فى الحال الثانية، دعى لا تنجزا بعد وجود السبب. روض ج ٢ ص ٣٧٨

الخامس : عدم إحضار الثمن عند القضاء بالشفعة على ما روى عن محمد، ورواه الحسن عن أبي حنيفة، وقد بينا هذا فيما تقدم.

السادس : موت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه، فيسقط حقه في الأخذ بالشفعة ولا ينتقل إلى ورثته، وقد بينا ذلك أيضا فيما مضى (راجع سقوطها بترك الوصى ص ١٥٩).

وقد علمت أن أرجح الآراء عند الحنابلة أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بطلبه دون حاجة إلى رضا من المشتري أو قضاء من القاضى، وعلى ذلك إذا توفى الشفيع بعد الطلب فقد توفى وهو مالك للمشفوع فيه، فيورث عنه، لأنه عين مالية مملوكة. أما إذا توفى قبل الطلب فلا يكون للوارث حينئذ حق الشفعة لسقوطه بالموت حينئذ وقد قضت محكمة النقض بأن خيار الشفعة ينتقل إلى الورثة باعتباره مالا يورث لا باعتباره حقا متصلا بشخص الشفيع وعليه فهى تثبت للوارث ولو كانت وفاة مورثه قبل إبداء رغبته فى الأخذ بها.

وقد نص في المادة ٩٤٨ فقرة ٢ وفقرة ٣ على أن حق الشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وفى جميع الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون، ومن ذلك زوال سبب الشفعة قبل الأخذ بها أى قبل صدور الحكم بثبوتها أو تسليم المشتري بها، كما لو تصرف الشفيع فى الحق الذى يستند إليه فى طلبه الشفعة تصرفا ناقلا للملكية قبل الأخذ أو زال عنه هذا الحق لأى سبب من الأسباب قبل الأخذ كما إذا طلب الجار الأخذ بالشفعة؛ لأن للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرضه فنزل عنه المشتري قبل الحكم للشفيع بها ومن ذلك إخلال الشفيع بالمواعيد الواجب مراعاتها فى الأخذ بالشفعة أو بالإجراءات الواجب اتخاذها.

الوراثه

الوراثه سبب من أسباب تملك الأعيان، كما هي سبب أيضا لتملك المنافع على ما سبق بيانه، فإذا توفي إنسان انتقل ما كان يملكه من أعيان مالية عند وفاته إلى ورثته بحكم الشارع رغب في ذلك أم لم يرغب وأصبحوا خلفاءه في هذه الأعيان، ومن ثم كانت الوراثة خلافة وذلك محل اتفاق بين الفقهاء، غير أن خلافة الوارث لا تتجاوز ما يرثه عن مورثه من أموال. وهذه إحدى المسائل التي يثبت الملك فيها دون توقف على الرضا ممن يثبت له، فقد جاء في الأشباه والنظائر: لا يثبت الملك لإنسان بغير اختياره وذلك هو الأصل العام وقد خرج عن هذا الأصل الملك يثبت للوارث فيما يتركه مورثه، والموصى به يثبت فيه الملك للموصى له بمجرد وفاة الموصى مصرا على الوصية عند بعض الفقهاء ممن ذهب إلى أن الوصية تتم بإيجاب الموصى وموته مصرا عليها دون توقف على قبولها من الموصى له شأنها في ذلك شأن الميراث. وقد ذهب الحنفية إلى أن الوصية للحمل يثبت فيها الملك دون توقف على القبول وما وهب للعبد فقبله وقبضه يثبت الملك فيه لسيده من غير توقف على رضاه، وغلة الوقف يثبت الملك فيها للموقوف عليه عند ظهورها أو عند قبضها من الناظر على الوقف دون توقف على قبوله الموقوف عليه - وقد يقال أن القبول هنا حكى والملك متوقف عليه بدليل أن الملك لا يثبت له إذا ما رفض الوقف، ويثبت الملك للزوج في نصف المهر إذا ما طلق قبل الدخول وقبل قبض الزوجة الصداق، أما بعد الدخول فلا يثبت له الملك فيه إلا بالقضاء أو الرضا، والمبيع المعيب إذا رده المشتري قبل قبضه يثبت الملك فيه للبائع دون توقف على قبوله، أما بعد قبضه فلا بد لعود ملك البائع إليه من الرضا أو القضاء وملك المجنى عليه للأرض في الجناية عليه، وفي الشفعة يدخل الثمن في ملك المشتري جبرا عنه وكذلك الحكم في ثمن المبيع إذا هلك في يد البائع قبل قبضه وقد قبض الثمن البائع أو كان عينا ولم يقبضه، ونماء الملك يثبت لصاحبه من غير توقف على الرضا، وعسل النحل الناتج من نحل استقر في أرض مملوكة يثبت لمالك الأرض، وكذلك بيض الحيوان الذي يدخل ملك شخص فيبقى فيه^(١).

(١) الأشباه ص ٢٢، ص ٢٣ طبعة اسلامبول.

وتعد الوراثة نتيجة طبيعية للملكية الفردية واستمرارها، إذ لو كانت موقوفة بحياة المالك وتنتهى بانتهائها، ولا تنتقل بوفاته إلى أقرب الناس إليه وأحبهم لديه ومن بعدهم جزءاً منه ويعد حياتهم استمراراً لحياته لما وجد عنده الحافز على الاحتفاظ بأمواله والعمل فى تنميتها والاستزادة منها، ولذا كان انتقال المال بالوراثة إلى الورثة أمراً تفرضه النظم الاقتصادية الاجتماعية، ويشير إلى هذا قوله ﷺ لمعاذ: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس» ولذا كانت أحكام الوراثة وقواعدها من النظام العام الذى لا يجوز الخروج عنه ولا الاتفاق على خلافه.

وقد فرض القرآن الكريم شريعة الوراثة وبين كثيراً من أحكامها التفصيلية فقال تعالى: ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً ﴾ وقال: ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ الآيات من سورة النساء.

وجاءت السنة ببياناً لكثير مما أجمله القرآن من ذلك قوله ﷺ: «من ترك حقاً أو مالا فلورثته» ولسنا هنا بصدد بيان أحكام الوراثة وتفصيلها، وإنما الذى يعيننا هنا بيان أنها سبب من أسباب تملك الأعيان، وليس فى ذلك خلاف فقد اتفقت كلمة جميع المذاهب على أن مآل ما يتركه المتوفى إلى ورثته بعد أن يقضى منه كل حق تعلق به من تجهيزه وأداء ديونه ووصاياه، وهى أمور كلها من حاج المتوفى والمتوفى فيها أولى بماله من غيره فلا يعد مع ذلك أنه قد تركها لغيره. غير أن الفقهاء قد اختلفوا فى انتقال مال المتوفى إليهم متى يكون. أكون فور وفاته فى جميع الأحوال أم يتأخر عنها بسبب يدعو إلى تأخره فى بعض الأحوال؟

وخلاصة أقوالهم فى ذلك أن المتوفى قد يكون مديناً عند وفاته فتتعلق ديونه بتركته وتعد التركة محملة بها، وقد لا يكون مديناً فلا تتعلق بتركته ديون، فإذا توفى عن دين فقد يحيط بكل تركته بأن يكون مساوياً لها أو يزيد وقد لا يحيط بها فتزيد قيمتها عنه.

فإذا كانت التركة غير مدينة بأن توفى صاحبها ولا دين عليه انتقلت فور

وفاته إلى ورثته بحسب أنصبتهم لا خلاف في ذلك، مع ملاحظة خلوها من الوصايا، أما عند شغلها بها فما كان منها ينقود لم يمنع انتقال التركة عند الجمهور خلافا لفئة قليلة من الحنابلة، وما كان منها بجزء من أعيان التركة منع انتقاله إلى الورثة لثبوت الملك فيه للموصى له بقبوله، أما إذا كانت مدينة فقد اختلفت آراؤهم وهاك بيانها

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إلى أن التركة إذا كانت مدينة عند الوفاة بدين محيط أو غير محيط لم ينتقل شيء منها إلى ورثة المتوفى وحال الدين دون انتقالها إلى أن تسدد ديونها ويستندون في ذلك إلى قوله تعالى في آيات الموارث : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ . إذ مقتضاه أن لا نصيب لأى وارث إلا بعد وفاء الدين، وذلك ظاهر في أن الورثة لا يملكون إلا بعد وفاء الدين، وأن الدين يمنع انتقال ملكية التركة إلى الورثة، وهو مع ذلك لا يحول دون تعلقه بها، وذلك هو رأى جمهورهم سواء أكان الدين لأجنبى عن الميت أم لوارث من ورثته، ومنهم من يرى أن الدين إذا كان لوارث لم يمنع انتقالها إلى الورثة إذا لم يكن ثمة وارث غيره كما في الخانية . أما إذا كان معه وارث آخر فإن دينه يمنعه من تملك حصته، خانية نقلا عن المحيط .

وذهب آخرون منهم إلى أنه إذا كان غير محيط لم يمنع تملك الوارث لجميع التركة فتنتقل جميعها إلى الورثة . وذهب آخرون إلى أنه يمنع تملك الورثة فيها بقدره فقط، فقد جاء في الخانية : الدين وإن قل يمنع ملك الوارث بقدره كالكفن . وهذا القول هو أعدل الأقوال، ولا تنافيه الآية إذ يكون المعنى فيها : أن ما بين للورثة من أنصاء إنما ينسب إلى التركة بعد الوصية والدين دون أن تتعرض الآية لبيان انتقالها كلها بالوراثة إلى الورثة أو انتقال بعضها .

مذهب المالكية :

قال الخطاب في باب الجنائز أن لا ميراث إلا بعد الدين، وجاء في الخرشي : الدين مقدم على الميراث فلا ملك للورثة إلا بعد أدائه، وظاهر هذا الإطلاق أنه لا فرق عندهم بين دين مستغرق ودين غير مستغرق .

مذهب الشافعية :

لا يمنع الدين انتقال التركة فور الوفاة إلى الورثة وتنتقل إليهم محملة بما عليها من الديون، وتكون رهنا جعليا شرعيا بها ويستندون في ذلك إلى حديث : «من ترك حقا أو مالا فلورثته» إذ جاء مطلقا غير مقيد بأى قيد وبنوا على هذا عدم صحة تصرف الوارث في التركة قبل سداد دينها كما لا يصح تصرف الراهن في الرهن قبل الوفاء للدين .

مذهب الحنابلة :

وللحنابلة روايتان :

إحدهما : تقضى بأن الدين يمنع من انتقال التركة إلى الورثة لا فرق بين أن يكون ديننا لله أو ديننا للعباد، وبين دين مستغرق ودين غير مستغرق . وهذه رواية ابن منصور كما يدل على ذلك الإطلاق في الآية : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ .

والرواية الثانية : أنها لا يمنع وتنتقل التركة إلى الورثة محملة بديونها كما هو رأى الشافعية .

وهناك قول ثالث عندهم : هو أن المستغرق يمنع انتقالها دون غير المستغرق فإنه لا يمنع كما هو رأى بعض الحنفية .

وأعدل هذه الآراء أن الدين يمنع انتقال ما يوفى به من التركة ولا يمنع ما فوق ذلك، وقد بينا أن الآية لا تتعارض مع ذلك والأمر كذلك بالنسبة إلى الحديث : «من ترك حقا أو مالا فلورثته» إذ يكون المعنى فيه أن الذى يصح أن يوصف بأن المتوفى قد تركه هو ما يتركه غير مشغول بحاجة . أما ما كان مشغولا بحاجة من وصية أو دين فلم يتركه لورثته وإنما سبيله سبيل وفاء حاجته ، على أننا لا نغفل ما لرأى الشافعية من قوة بالنظر إلى هذا الحديث فهم يرون أن التركة كلها تنتقل محملة بحقوقها المتعلقة بها إلى الورثة .

تصرف الورثة في التركة :

ويترتب على هذا الخلاف في انتقال التركة إلى ورثة المتوفى حكم تصرفهم فيها قبل سداد الديون .

وخلاصة رأى الحنفية فى ذلك أن ليس للورثة تصرف فى التركة المدينة باعتبار أنهم مالكون لها. وهذا لا ينفى أن يكون لهم حق التصرف فيها باعتبارهم خلفاء الميت فيها فيتصرفون فى حدود ذلك لمصلحة المتوفى كالبيع لسداد دينه وتنفيذ وصيته لا لأنفسهم، ولذا اختلف الحنفية فىمن له ولاية بيع التركة المستغرقة لسداد الدين. فمنهم من جعلها للقاضى لا للورثة، فعلى ذلك ما جاء فى التنوير والدر : من أن ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين لأجل سداد الديون للقاضى بحكم ولايته العامة لا للورثة، لعدم ملكهم لها، وقد علق على ذلك ابن عابدين فى حاشيته على الدر : بأن ولاية بيعها لسداد الديون كما تكون للقاضى بحكم ولايته تكون أيضا للورثة إذا طلب منهم الغرماء ذلك لرضاهم به، أما إذا باعوها بدون رضاهم فلا ينفذ بيعهم. وقد نص الفقهاء على أن القاضى إذا باعها لسداد الدين بحكم ولايته لايجوز له أن يبيعها إلا بحضرة الورثة، لما لهم من حق إمساكها وقضاء الدين من أموالهم، نص على ذلك الشرنبلالى فى حاشيته على الدر، والحموى فى حاشيته على الأشباه والنظائر. ومن الحنفية من جعل ولاية بيع التركة المستغرقة لأجل سداد الديون لكل من القاضى والورثة، القاضى لولايته العامة، والورثة لخلافتهم عن الميت، فيكونون فى ذلك كالوصى الأجنبى غير الوارث فإنه له بيع التركة لذلك بطريق الخلافة، ومما يتفرع على هذا ما فى الذخيرة: قالت الورثة فى التركة المستغرقة لا نتعرض لها، ولا نبيعها ولا نقضى الدين من مالنا، قيل: يبيعها القاضى، أو الوصى عن الميت، وقيل يجبرون على البيع إذا طلب الغرماء ذلك، فإن امتنعوا باعها القاضى وقضى الدين، وبمثل ذلك يمكن أن يعلل ما قد يرى فى بعض القروع من جواز تصرف الوارث فى التركة المستغرقة.

ذلك هو رأى من يقول من الحنفية بأن الوارث لا يملك التركة المدينة مطلقا. وعليه إذا تصرف الورثة فى التركة المدينة بالبيع مثلا فإن الدائنين يتبعون أعيانها أين ذهبت لبطلان هذا التصرف، ولا يستطيع المشتري دفعهم وإنما يرجع على من باعه من الورثة بما أداه إليه من ثمن.

أما من يرى منهم غير هذا رأى فى الدين الذى لم يحط بالتركة، ويذهب إلى أن الوارث يملك معه جميع التركة، أو يذهب إلى أنه لا يملك منها معه إلا

مافضل عن مقداره، فإن رأيهم هذا يقضى بجواز تصرف الوارث فيها ما دام لم يضر بحق دائئها، ذلك لأنها إما مملوكة له وقد تعلق بها حق الدائن فتصير حينئذ شبيهة بالعين المرهونة من ناحية أنها مملوكة للوارث وحق الدائن متعلق بها كالعين المرهونة فإنها مملوكة للراهن وحق المرتهن متعلق بها، وأن ذلك لم يمنع الراهن من أن يتصرف فيها فينفذ تصرفه ما دام لم يمس حق المرتهن، وأما مملوك بعضها للوارث دون بعضها الآخر فتشبه المال المشترك وتعطى لذلك حكمه من ناحية أن لأحد الشريكين أن يتصرف فى حصته بشرط ألا تمس حصة غيره، وعلى ذلك تكون النتيجة الإجمالية لهذين الرأيين أن تصرف الوارث صحيح ما دام لم يمس حقوق الدائنين، فإذا مس حقوقهم توقف لذلك، وبناء على ما ذكر إذا ما تصرف فيها الوارث فترك من أعيانها ما يقوم بسداد ديونها أو سدد ديونها فعلا من ثمن ما تصرف فيه، أو باعها للدائن نظير دينه، أو باعها لمن يقوم بسداد الدين من الثمن مع التزامه بذلك ورضا الدائن به، أو قام الوارث فعلا بسداد الدين من ماله، إذا حصل شئ من ذلك نفذ تصرف الوارث دون حاجة إلى تجديده، ويؤيد ذلك ما نقله إليك من الأحكام الآتية المنقولة عن جامع الفصوليين والأنقروية والفتاوى الهندية والقنية :

١ - للوارث بيع حصته من التركة لسداد حصته من الدين لإبيع حصة غيره لأنها ملك غيره.

٢ - لو غاب الوصى فباع بعض الورثة بعض التركة لسداد دين الميت وتنفيذ وصاياه فسد البيع إلا أن يكون بأمر قاض، وهذا فى التركة المستغرقة، وإلا نفذ تصرفه فى حصته، إلا أن يكون المبيع بيتا معينا من دار أو ما أشبه ذلك، أى فلا ينفذ تصرفه حينئذ لأنه باع مالا بملك مع ما يملك.

٣ - بيع الوارث للتركة غير المستغرقة ينفذ فى جميعها إذا انحصرت فيه وإلا فبقدر حصته .

٤ - بيع الوارث شيئا من التركة لأداء الدين يجوز إذا لم يكن الدين محيطا بها.

٥ - لو أخذ بعضهم عينا من التركة ليقضى من ماله دينا على الميت،

ورضى بذلك باقى الورثة لم يجز إلا برضاء الغرماء، إذا كان الدين محيطا، وإلا جاز ويكون هذا بيعا من بقية الورثة لأنصبتهم فى العين نظير ماعليهم من الدين، لأنهم لو دفعوها إلى أجنبى لأداء الدين صح، وكان ذلك منهم بيعا فكذا هذا، ولو كان الدين محيطا لم يصح، أى لم يصح حينئذ دفعها لأجنبى لأداء الدين لأنهم لا يملكون.

٦ - لو باع الوارث دارا من التركة بلا إذن باقيهم وكفن الميت بغير إذنهم جاز البيع فى حصته لو لم تكن التركة مستغرقة بالدين.

٧ - قال صاحب جوامع الفصوليين بعد أن نقل بعض الأحكام المتقدمة ما نصه : فدل هذا وما قبله على أن بيع الوارث شيئا من التركة، يجوز قبل أداء الدين إذا لم يستغرقها، أهـ.

هذه الأحكام المتقدمة بينة الدلالة على جواز تصرف الوارث فى التركة التى لم يحط بها الدين عند الخفية، وقد يفهم من الإطلاق فى بعضها أن ذلك الجواز غير مقيد بقيد عدم المساس بحقوق الدائن كالإطلاق الموجود فى الحكم الثالث، ولكن الذى يظهر لى أن هذا الحكم مقيد بعدم الإضرار بحقوق الدائنين ويدل على ذلك أمور :

الأول - ما جاء فى الحكم المنقول أولا من تقييد البيع الجائز بأن يكون لسداد الديون، ومعنى ذلك أن تكون نتيجة هذا البيع سداد ما يخص الحصة المبيعة من الدين، سواء أكان ذلك بدفع ثمنها فعلا فى الدين عن طريق المقاصة إذا كان البيع للدائن، أم عن طريق الأداء إليه إذا كان البيع لغيره، ولا يمكن أن ينصرف ذلك الشرط إلى اشتراط نية السداد عند البيع وإلا كان الشرط فى جواز البيع نية باطنية لا يمكن علمها ولا الاطلاع على حقيقتها، ومثل ذلك لا يصح أن تبنى عليه معاملات الناس بعضهم مع بعض واشتراط السداد فعلا لجواز البيع يدل على أن هذا التصرف لم يجز إلا لأنه كان فى مصلحة الدائن؛ وقد جاء هذا الشرط فى الحكم الثانى والرابع والخامس أيضا.

الثانى : ما جاء فى جوامع الفصوليين وغيره : (أ) للوارث أن يأكل من التركة لو فى غير المأكول وفاء للدين ولا وارث سواه. (ب) باع الوارث الكبير شيئا من التركة، ليس للوصى نقضه إن كان فى يده شيء غير ذلك يستطاع أن يباع فيسدد من ثمنه الدين وتنفذ الوصايا.

فهذان الحكمان يدلان صراحة على تقييد التصرف - ولو كان بالأكمل منها - بعدم الإضرار بحق الدائن. وإذن يحمل عليهما غيرهما من الأحكام المطلقة التي لم تشر إلى هذا القيد، لأنها في موضوع واحد والجمع بينها بذلك أولى من الذهاب إلى أنها أحكام أنتجت مذهب في الموضوع مختلفة.

الثالث : مقتضى القواعد الفقهية العامة التي توجب المحافظة على الحقوق اللازمة المستقرة كحق المرتهن وحق المستأجر وحق الدائن عند تصرف المريض وعند الحجر للدين. فإن هذا الأصل العام يوجب المحافظة على حق الدائن في التركة إذا تصرف الوارث فيها، بل المحافظة في هذه الحال أوجب منها عند تصرف المريض في ماله، لأنه إذا منع المريض وهو مالك من أن يتصرف بماله على حقوق دائنيه، فلا بد من منع وارثه من بعده أولى، وظنى أن ذلك لا ينبغي أن يكون موضع ريبة أو خلاف حتى تطرد القواعد وتتسق الأحكام.

ومقتضى ما تقدم أن الوارث إذا تصرف في التركة التي لم يحط بها الدين فباع منها عينا أو وهب أو أجر أو رهن كان هذا التصرف صحيحا نافذا ما بقى في التركة ما يفي بسداد ديونها. ورضى الغرماء بذلك إذا تصرف في جميع أعيان التركة فأجاز الدائن هذا التصرف، فقد نرى نفاذ هذا التصرف لإسقاطه حقه وهو تعلق الدين بها، وذلك لأن هذا التعلق ما كان إلا لأجله، وإذا كان له أن يسقط الدين فأولى أن يسقط ما يكون لوجود الدين من أثر وهو تعلقه بأعيان التركة، غير أنه يظهر لى أن هناك حقا آخر يمنع من نفاذه هو حق المتوفى في وفاء دينه، ولوجود هذا الحق نصوا على أن الغريم له أن يرجع عن إجازته وهو لا يجوز أن يرجع فيها إذا كانت غير معتبرة؛ لأنها لو كانت معتبرة كان التصرف حينئذ لازما لا يقبل البطلان بالرجوع عنها، ولكن إذا وفى حقهم من البدل نفذ التصرف لزوال المانع وهذا كله مع ملاحظة أن التصرف قد صدر من الورثة جميعا أو من الوارث المستقل بالتركة وإلا اقتصر هذا التصرف على حصة المتصرف دون حصة غيره كما هو بين من الأحكام المتقدمة.

رأى الشافعية: تبين لنا مما مضى أن الشافعية على رأس الفريق الذين يذهبون إلى أن الوارث يمتلك التركة المدينة بمجرد وفاة مورثه، ولكنهم مع ذلك لا يذهبون إلى جواز تصرف الوارث فيها حال قيام الدين، ذلك بأنهم يرون أن الوارث إنما

يتملكها في هذه الحال مشغولة بحق الدائن، وأن هذا الحق متعلق بجميع أعيانها
تعلق الدين بالعين المرهونة به كما تقدم، سواء أكان الدين محيطاً بها أم غير
محيط. ولذا لم يجز له أن يتصرف فيها مع تعلق هذا الحق بها، كما لم يجز
للراهن أن يتصرف في العين المرهونة مع قيام الدين، لا فرق في ذلك بين أن تكون
التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة، لأن تعلق الدين بجميع أعيانها ثابت في
الحالين، وعلى ذلك إذا باع الوارث منها عينا أو وهبها أو أجرها أو رهنها أو
صالح عليها، كان ذلك منه تصرفاً باطلاً لا يصح، ولو سدد بعده الدين أو برئت
ذمة المتوفى، لأن التصرفات عندهم إما صحيحة وإما باطلة، وإذا وقعت باطلة لم
تصح بعد ذلك.

ومن هذا علمنا أن تصرف الوارث في التركة المدينة إنما بطل مراعاة لحق
الدائنين لتعلق حقهم بمالية التركة عند حصول التصرف، وكان مقتضى هذا أنه إذا
تصرف الوارث بإذن الدائنين صح تصرفه ونفذ كما ينفذ تصرف الراهن في العين
المرهونة إذا كان بإذن من المرتهن ولو ترتب عليه نقل ملكيتها إلى شخص ثالث،
وذلك لتنازل صاحب الحق عن حقه، ولكن الشبراملسى من علماء الشافعية ذكر
في حاشيته على النهاية أن تصرف الوارث في التركة المدينة غير صحيح، ولو كان
بإذن من رب الدين، وهذه تفرقة لا تتفق مع قولهم بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه
بالعين المرهونة به، ولعل سبب هذه التفرقة أن المرتهن إذا أذن الراهن بالتصرف في
العين المرهونة كان ذلك منه تنازلاً عن الرهن وإبطالا له، فتخلص العين من حقه،
ويصير الدين بلا رهن، وأن الدائن إذا أذن الوارث بأن يتصرف في التركة المدينة لم
تبرأ بإذنه ذمة المتوفى، ولا تزال نفسه معلقة بدينه حتى يقضى عنه، فإذا تضمن إذنه
نزولاً عن حقه بقى حق المتوفى في سداد دينه فلا يصح تصرفه بناء على ذلك،
وقد استثنوا من ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الديون فجعلوه صحيحاً إذا
كان بإذن من جميع الدائنين، أو بإذن من القاضى، ولم يكن الثمن أقل من القيمة،
لأن ذلك يعد من باب المسارعة إلى قضاء دين الميت وتخليص نفسه بإيفاء ديونه
لأربابها، فتوافرت بذلك مصلحة الميت ومصلحة الدائن وما بطل تصرفه إلا لأجل
ذلك.

هذا ومن الشافعية من يرى عدم تعلق الدين بأعيان التركة إذا كان أقل
من قيمتها كما قدمنا، وأنه لا يتعلق حينئذ إلا بقدره منها، لأن الحجر في المال

الكثير لأجل التافه الحقيق غير مقبول، ومقتضى هذا رأى أن تصرف الوارث فى هذه الحال يكون نافذا ما دام فى التركة من الأعيان ما يقوم بسداد الدين، وهذا رأى مع وجاهته وموافقته لأرجح آراء الحنفية خلاف الظاهر عندهم، والأصح عندهم أن الدين وإن قل يمنع الوارث أن يتصرف فى التركة قبل سداده، راجع النهاية وحواشيها.

وبناء على ما تقدم إذا تصرف الوارث فى التركة الخالية من الدين صح تصرفه ونفذ ما دام لم يتعد حصته منها، فإذا ما طرأ بعد ذلك دين كأن يكون المتوفى قد حفر قبل وفاته حفرة فى غير ملكه فتردى فيها حيوان بعد وفاته فتلف فلزمه بذلك ضمانه، أو كأن يرد بسبب العيب مبيع باعه المتوفى قبل وفاته على وارثه بعد تصرفه فى التركة، لم يبطل بذلك تصرفه، إذا كان الوارث المتصرف موسرا، وألزم الوارث فى هذه الحال بأداء ما لزم الميت من ضمان، أو برد ما أخذ من ثمن، فإن لم يقض ذلك من ماله بسبب من الأسباب فسخ تصرفه واتبع صاحب الحق أعيان التركة حيث وجدت حتى يستوفى حقه، ثم يرجع من أخذت منه العين، على من باعه إياها بما دفع فيها من ثمن.

ولا شك أن فى هذا الحكم إجحافا بحق من تلقى الملك عن الوارث، لأنه إنما اشترى منه عينا لا يتعلق بها حق وقت الشراء، فيجب أن تسلم لمشتريها، فإذا طرأ بعد ذلك حق لآخر، وجب أن يتعلق هذا الحق ببطل تلك العين إن كان لها بدل، أو بذمة الوارث المتصرف إن لم يكن لها بدل، وألزم حينئذ بالضمان فى ماله إن كان له مال كما هو المذهب، بشرط ألا يتجاوز ذلك الضمان قيمة العين المتصرف فيها وقت التصرف، فإن لم يكن له مال فنظرة إلى ميسرة، ولا سبيل إلى من تصرف معه، وإلا ضاعت الثقة بالورثة وأحجم الناس عن معاملتهم فيما يرثونه لأموال وهمية يجب ألا يقام لها وزن فى التشريع.

والنتيجة النهائية أن الشافعية يرون أن تصرف الورثة فى التركة المدينة بأى دين قبل سداده تصرف باطل، فإذا صدر تبع الدائنون أعيان التركة حيث كانت وكان للمشتري مثلا الرجوع بما أدى على من باعه من الورثة.

رأى المالكية : وأما المالكية فقد علمت أنهم من الفريق الأول الذين يذهبون إلى أن الوارث لا يملك التركة المدينة إلا بعد وفاء ما عليها من الديون، ومع ذلك

فمذهبهم فى الحكم على تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل سداد الدين يختلف بعض الاختلاف عما ذهب إليه الحنفية فيه، وذلك لاختلافهم فى الأسس التى بنوا عليها آراءهم. فمن المتفق عليه بينهم أن ما يتركه المدين من مال بعد وفاته تتعلق به حقوق دائنيه، وأن حق الدائن فيه مقدم على حق الورثة لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ وأن هذا التقدم يقتضى ألا ينفذ للوارث فى التركة المدينة تصرف إذا ما حصل قبل أداء الدين، وأن ذلك قد يتخذ أمانة على عدم ثبوت ملكه لها فى هذه الحال، ولكن مع ذلك اختلف نظرهم فذهب الحنفية إلى ما سبق بيانه، وذهب بعض المالكية إلى اعتبار هذا حقاً لله تعالى بمقتضى الآية المتقدمة الذكر، وبنى على ذلك أنه لا يصح للوارث أن يتصرف فى التركة المدينة قبل أداء الدين، وسواء أكان الدين مستغرقاً أم غير مستغرق. وسواء أكان فى باقى التركة بعد تصرفه وفاء بالدين أم لا. ويدل على ذلك ما فى البهجة نقلاً عن الوثائق المحمودية: إذا أوصى بقطع من ماله وكان عليه دين لم يجز لأحد من الورثة قبل أداء الدين أو تنفيذ الوصية بيع شيء من التركة لامشاعاً ولا مقسوماً، وإن باع شيئاً وإن قل فسخ البيع، لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾. اهـ.

قال صاحب البهجة: وظاهر هذا النص أن بيع الوارث لشيء من التركة قبل أداء الدين يفسخ، وإن التزم الورثة الدين أو كان فى باقى التركة وفاء به، وهذه رواية أشهب عن مالك، وقال فى موضع آخر: ولا يجوز الصلح فى التركة قبل وفاء الدين اهـ. ومن الواضح أن تصرفاته كلها فى ذلك سواء، وهذا يتفق فى النتيجة مع رأى الشافعية المتقدم وهو فساد تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل سداد الدين، وعدم صحته بعد ذلك، ولو قام الوارث بسداده أو تنازل عنه ربه.

وذهب آخرون منهم إلى اعتبار ذلك حقاً للدائن لاحقاً لله تعالى، قال صاحب البهجة: هل النهى عن البيع قبل أداء الدين لحق الله تعالى أو لحق المخلوق؟ ذكر ابن عرفة: أنهما قولان، ثم نقل عن ابن محرز وعن الشاملى ترجيح أحدهما وهو أنها حق للمخلوق وأن ذلك أشبه بظاهر الكتاب.

وبناء على هذا القول يكون تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين صحيحاً إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر به كأن يأذن به قبل مباشرته، أو يتنازل عن دينه، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يسد منه الدين. لا فرق فى ذلك بين

أن يكون الدين محيطاً أو غير محيط . قال فى البهجة نقلاً عن الشامل : ويمنع الوارث من بيع شىء من التركة قبل وفاء الدين ، فإن فعل ذلك ، وكان فى باقى التركة وفاء بديونهم ، أو قام الورثة بدفع هذه الديون من أموالهم أو تنازل الدائنون عن ديونهم ، نفذ البيع ولزم ، وإن لم يقدر الدائنون على أخذ ديونهم من المبيع فلذلك حالتان : الأولى - أن يكون الورثة عالمين بالدين وقت تصرفهم ، أو أن يكون الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . الثانية - أن يكون الورثة غير عالمين بالدين ولم يكن الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الغرماء على الورثة بقدر الثمن ، سواء أكان فيه وفاء بالدين أم لا ، ولا رجوع لهم على المشتري بشىء ، وإن أصاب الورثة عدماً ، إلا إذا حاباء الورثة فى البيع ، فإن حوى فيه رجوع الغرماء عليه بقدر المحاباة فقط ، وعلى البائعين من الورثة بالثمن كما ذكرنا ، وهذا الحكم هو رواية ابن القاسم وهو أظهر الروایتين ، وفى المدونة : إذا توفى شخص وفى ماله وفاء لما عليه من دين ، فباع الورثة من ماله ما سدوا به دينه ، ثم اقتسموا الباقي من تركته فاستهلكوه فى شئونهم ، فجاء بعد ذلك غريم آخر أقام البينة على دينه ، وكان ذلك بعد أن أصاب الورثة عدماً ، فليس للغريم أن يتبع الغرماء الذين استوفوا ديونهم من الورثة ، ولكن يتبع الورثة إذا كان الذى بقى من التركة يكفى لسداد دينه ، فإن كان دينه أكثر رجوع على الغرماء بما يصير له عندهم لو أنه كان حاضراً فحاصهم . فإذا توفى رجل عن ٢٥٠ ديناراً وكان مديناً بثلاثمائة دينار لثلاثة أشخاص بالسوية ، فأعطى الورثة منها دائنين حقهم ، ثم جاء الثالث فأقام البينة على دينه فإنه فى هذه الحال يتبع الورثة بخمسين ديناراً باقى التركة ، ويرجع على الغريمين الآخرين بما يكمل نصيبه لو أنه كان حاضراً فحاصهم ، وهو لو حاصهم لكان له خمسة أسداس ماله ، أى ثلاثة وثمانون ديناراً ، أخذ منها ٥٠ ديناراً ، فيرجع بالباقي وهو ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلاث دنانير مناصفة بين الدائنين الآخرين ، فيكون لكل منهم ثلاثة وثمانون ديناراً وثلاث دنانير .

فإن لم يترك الميت إلا مقدار الدين الذى دفعه الورثة إلى الغريمين ، وهم لا يعلمون بالثالث ، لم يرجع هذا الغريم الثالث إذا حضر على الورثة بشىء ، وإنما

يرجع على الغريمين الآخرين بقدر حصته لو حاصهم، فإن كان الورثة يعلمون دينه عند الأداء إلى الغريمين الآخرين، رجع بحصته أيضا عليهما، فإن أصابا عدماً رجع على الورثة بها لأنهم أضاعوا حقه بالدفع إلى غيره مع علمهم به، وللورثة أن يتبعوا الغريمين بما دفعوا، يأخذونه منهما عند الميسرة، لأنهما أخذتا من التركة فوق مالهما بالمحاصة.

ذلك ما ذهب إليه المالكية ومنه ترى أن رأيهم الأول وهو عدم صحة تصرف الوارث متسق مع قولهم بأن لاملك لوارث في التركة قبل أداء ما عليها من ديون. وأن رأيهم الثانى وهو صحة التصرف ما دام لم يمس حق الدائن لا يتسق معه، إذ كيف يصح تصرف الوارث في تركة لا يملكها، ولعل مرجع هذا أنهم يعتبرون الوارث خليفة عن مورثه، وأن صحة تصرفه قبل ثبوت ملكه مبنية على هذه الخلافة. أو أنهم يرون أن ما للوارث من حق في التركة يجعل مآلها إليه - إذا ما أدى إلى رب الدين دينه، أو تنازل رب الدين عن حقه - كاف في صحة تصرفه ونفاذه إذا ما زال المانع منه، وهو تعلق حق الغير الذى منع من ثبوت الملكية. واعتماد صحة التصرف على مثل هذا الأساس يؤيده بعض الفروع المنقولة عنهم، فقد نقل عنهم أن هبة الوارث في مرض موت مورثه لما سيرته منه صحيحة لازمة إذا كان يعلم حصته من التركة، وعللوا ذلك بأنها آيلة إليه، وبأن غرضه في الحقيقة إنما يهبه هذه الحصة إذا ملكها، وقد فرق أكثرهم بين هبة الوارث حال صحة مورثه وبين هبته حال مرض مورثه، فلم يجعلوها لازمة إلا فى حال المرض، لتعلق حقه بها حال ذلك. وإذن فلامانع من أن تكون صحة تصرف الوارث في التركة المدينة من هذا القبيل وإلا فليُنظر وجه قولهم بالصحة^(١).

رأى الحنابلة : عند الحنابلة كما ذكرنا روايتان، إحداهما أن الدين يمنع الوارث أن يملك التركة المدينة سواء أكان لله سبحانه وتعالى أم للعباد وهى رواية ابن منصور، ويراها بعض الحنابلة عامة تعم الدين المستغرق وغير المستغرق ويراها آخرون خاصة بالدين المستغرق. والأخرى أن التركة المدينة تنتقل بالوفاة إلى الورثة مشغولا بالدين، ولا يمنع الدين الوارث أن يملكها، وهى أصح الروايتين واختارها أبو بكر والقاضى يعلى وأصحابه، وقال ابن عقيل إنها المذهب.

(١) راجع الرهونى ج ٧ ص ١٧٦.

وبناء على الرواية الأولى يكون تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين فاسداً، لأنه تصرف فيما لا يملك، كما جاء فى الشرح الكبير، وكذلك الحكم عند قليل ممن اختاروا الرواية الثانية، لأن الوارث - وإن كان مالكا عندهم - يمنع من صحة تصرفه تعلق حق الدائنين بالتركة كما يمنع الرهن الراهن من أن يتصرف فى الرهن لتعلق حق المرتهن به، وهذا رأى مرجوح كما بينا.

أما على رأى الجمهور من المالكية الذين اختاروا الرواية الثانية فتصرف الوارث فيها صحيح نافذ ما دام لم يمس حق الدائنين. فإذا باع شيئاً منها أو وهبه أو رهنه صح تصرفه ونفذ إن قضى الدين أو التزمه، فإن لم يقضه أو التزمه فعجز عن وفائه، ولم يجد الدائن وفاء إلا من الشيء المتصرف فيه، ففسخ التصرف، لا فرق فى ذلك بين الدين المستغرق وغير المستغرق، وهذا هو المذهب. قال صاحب كشف القناع : ومقتضى هذا أن الوارث إذا التزم الدين فامتنع عن أدائه مع قدرته على ذلك أجبر على الأداء ولم يفسخ البيع. ومن الحنابلة من يرى أن تصرف الورثة فى التركة يترتب عليه مطالبتهم بديونها وإن لم يضمنوها، لأن إقدامهم عليه يعتبر كأنه ضمان لها، ولكن أبطالون حينئذ بالديون كلها وإن زادت عن قيمة التركة أو يطالبون بمقدار قيمتها فقط؟ روايتان «راجع القواعد».

هذا إذا كان التصرف والدين قائم، فإذا تصرف الوارث ولا دين، ثم طرأ بعد ذلك دين، بأن رد مبيع باعه المورث قبل موته لظهور عيب فيه، أو ضمن المورث بعد موته قيمة حيوان تردى فى حفرة حفرها فى غير ملكه حال حياته، فلم يقيم الوارث برد الثمن فى الصورة الأولى، ولا بدفع الضمان فى الصورة الثانية، كان لصاحب الحق حينئذ طلب فسخ التصرف فيتبع أعيان التركة أنى وجدت ليستوفى منها حقه، وقد ذكرنا مثل هذا الحكم عن الشافعية. قال ابن رجب فى قواعده : ومقتضى ما ذكره من أن تصرف الوارث فى التركة المدينة ينفذ إذا أدى الورثة الدين، أنه لا ينفذ إلا بأدائه جميعه ولو كان أكثر قيمة من التركة، ولكن جاء فى الكافى أن الورثة إذا تصرفوا فى التركة لا يضمنون بتصرفهم إلا الأقل من قيمة التركة ومقدار الدين، وعلى ذلك إذا كان مقدار الدين أكثر من التركة قيمة فأدوا إلى الدائنين قيمة أعيان التركة فقط نفذ تصرفهم. وهذا أظهر، لأن لهم قبل التصرف كما سيأتى أن يستخلصوا أعيان التركة بأداء قيمتها إلى الغرماء لا بأداء ديونهم إذا ما زادت عن قيمتها.

ومما تقدم- يتبين لنا أن رأى الخنابلة على ما اختاره الجمهور متفق مع رأى المالكية، وإن اختلف الأساس فيما بينهم.

وإذن فالنتيجة الإجمالية أن للأئمة فى حكم تصرف الوارث فى التركة المدينة ثلاثة آراء :

الأول : عدم صحة تصرفه فيها مطلقا سواء أحاط الدين بها أم لم يحط . وهو قول جمهرة الشافعية وقول لبعض المالكية ومقتضى رواية عن أحمد، وعلى هذا رأى لا ينقلب التصرف صحيحا بسداد الدين أو بالنزول عنه من أصحابه .

الثانى : عدم صحة تصرفه فيها إذا كان الدين محيطا بها ويقع فى هذه الحال باطلا فلا يصح بعد ذلك إذا سدد الدين أو تنازل عنه ربه . أما إذا كان غير محيط فيصح تصرفه كما بيناه من قبل إذا لم يضر بالدائن وهو رأى جمهور الحنفية .

الثالث : صحة تصرف الوارث فيها مطلقا أحاط الدين بها أم لم يحط بشرط ألا يمس حقوق الدائنين على ما بينا، وهو قول جمهرة المالكية وجمهرة الخنابلة . وهذا القول عندى هو أرجح الأقوال وأولاها بالقبول، فقد رجحنا فيما مضى قول من ذهب إلى أن الوارث يملك التركة المدينة بمجرد الوفاة مثقلة بحقوق الدائنين، لأنه أبعد الأقوال عن افتراض أمور غير موجودة، وأشدّها اتساقا مع القواعد كما بينا، ولأن سبب الملكية قد تحقق وهو الوراثة الناشئة عن الوفاة فيتربّ عليه أثره وهو ملك الوارث . غير أن ذلك الملك لا يسقط حقوقا للدائنين تعلقت بمال المتوفى، فثبت فيه مع بقاء الحقوق متعلقة به، وإذا ثبت وجب أن يترتب عليه أثره وهو صحة التصرف فى ذاته على ألا يمس هذه الحقوق القائمة المتعلقة بالمال، فإذا مسها وجب إبطاله، وهذا القدر كاف فى رعاية هذه الحقوق وكافة بقائها والمحافظة عليها، فلا ينبغي أن يتجاوز - من غير ضرورة - إلى ما هو أبعد أثرا فيحكم بعدم ثبوت الملكية للوارث فى التركة المدينة حتى يبنى على ذلك بطلان التصرف فيها بطلانا تاما، وهذا هو رأى الخنابلة على أصح الروايتين عندهم، فقد علمت أنهم يجعلون الوارث مالكا للتركة المدينة بمجرد الوفاة مع تعلق حقوق الدائنين بها، وأن تصرفه فيها قبل أداء الدين نافذ إذا ما قضى الدين أو وجد الدائن فى باقى التركة وفاء أو تنازل عنه ربه أو التزمه الوارث وكان موسرا إلى آخر ما ذكرنا .

ذلك نظر فقهاء الشريعة أما ما أخذ به القانون المدنى المصرى فهو ينص على أن التركة تنتقل بمجرد الوفاة إلى الورثة محملة بحق عينى تبعى لصالح دائئها هو بمثابة رهن ولكنه رهن قانونى إذ إن مصدره القانون وليس الاتفاق، وذلك شبيه بما ذهب إليه الشافعية من القول بأن التركة المدينة تعد مرهونة رهنا جعليا شرعيا.

وهذا الحق العينى لا ينفذ فى حق الغير الذى يتصرف له الوارث إلا إذا تم شهره إذ تنص المادة ٩١٤ مدنى مهلى أنه إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام التصفية جاز لدائئى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتبت عليها حقوق عينية لمصلحة الغير إذا أشر بديونهم وفقا لأحكام القانون، وقد بينت المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى هذه الأحكام كما نصت المادة ٨٧٩ / ٢ مدنى على أن يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصطفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة للتأشير المنصوص عليه فى المادة / ٩١٤.

ويستفاد من ذلك أن تصرف الوارث فى عقارات التركة قبل سداد الديون يعتبر تصرفا صادرا فيما يملك فلا يستطيع الدائن الذى تعلق حقه بأموال التركة أن يحتج بهذا الحق فى مواجهة من تصرف له إلا إذا كان قد شهر فى الوقت المناسب.

ذلك أنه إذا تصرف الوارث فى عقار من عقارات التركة ولم يؤشر الدائن بحقه أو لم يقيد الأمر الصادر بتعيين المصطفى إلا بعد مضى سنة من تاريخ شهر حق الإرث فلا يستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على ذلك العقار إلا إذا كان التأشير أو القيد سابقا على شهر التصرف، فإذا كان التصرف قد شهر قبل التأشير أو القيد انتقلت ملكية العقار إلى المتصرف له خالصة من حقوق الدائئين، ومثل هذه النتيجة لا استطاع التسليم بها إلا إذا كان المتصرف له قد تلقى الملكية من مالك.

ويتضح من هذا أن نصوص التقنين المدنى وقانون الشهر تقوم على أساس انتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد الوفاة مع تعلق حق الدائئين بها، وقد جاءت هذه النصوص مطلقة فى خصوص هذا المبدأ بلا تفرقة بين تركة مدينة وأخرى غير مدينة، ولا يقدح فى سلامة هذا ما جاء فى المادة ٨٨٤ مدنى إذ ما جاء فيها من الحظر إنما يراد به تمكين المصطفى من القيام بعملية التصفية على الوجه الأكمل ولا ما نص عليه فى المادة / ٨٨٩ مدنى إذ المقصود منه بيان خلوص باقى أموال التركة للورثة بعد سداد الديون ولا نعى أن الورثة لم يكونوا ملاكا قبل هذا السداد.

وبناء على ما تقدم تكون مسئولية الوارث عن ديون التركة فى حدود ما ورثه من أموال عن مورثه وهذا ما ذهب إليه بعض الخنابلة .

وما دمتنا قد بينا أن ائقانون المدنى يذهب إلى أن الورثة يتمكنون بمجرد الوفاة فإن تصرفهم فى التركة مطلقا يعتبر تصرفا صادرا فى ملكهم ويقع لذلك صحيحا ولا يحول دون الصحة أن يكون المال الذى ورد عليه هذا التصرف مثقلا بحق عينى لصالح دائنى التركة إذ لا يمس هذا التصرف حق الدائن فلا يستطيع أن يتبعه فى يد من تصرف معه^(١).

من أسباب تلك الأعيان العقود من بيع وهبة ووصية وإجارة ومزارعة ومساقاة وصلح وجعالة وقسمة .

والعقود على العموم يجب أن تؤسس على رضا العاقد، فعقود المكره فاسدة عند جمهور الفقهاء وعلى ذلك لا تلحقها الصحة بعد وجودها، وذلك خلافا للحنفية الذين يجعلون عقود المكره فاسدة ولكنها تصح بإجازة المكره بعد زوال الإكراه عنه ومن ثم وصفها زفر بأنها عقود موقوفة لا فاسدة . ولسنا الآن بصدد بيان العقود والتعريف بحقائقها وطبائعها وأركانها وشروطها وما يترتب عليها من التزامات ونتائج، ولكننا بصدد بيان أن الشارع الإسلامى قد جعلها أسبابا لترتب آثارها عليها ترتيبا جعليا عند استيفائها جميع شروطها التى تعد بها عقودا صحيحة . والذى يعنينا الآن من ذلك أن من العقود ما يعد سببا لكسب ملكية الأعيان مثل البيع فإنه يفيد البائع ملكية الثمن ويفيد المشتري ملكية المبيع بتمام العقد دون توقف على القبض عقارا كان أم منقولا، غير أن تصرف المشتري فيه قبل قبضه محل خلاف بين الفقهاء يرجع فى تفصيله وبيانه إلى كتاب البيع . والبيع دائما يكون عينا إلا فى السلم فإنه يكون ديناً فى الذمة ليستوفى بالعين والثمن إما عين إذا وقع عقد البيع على عين وإما دين إذا وقع على دين فى الذمة وعندئذ يستوفى بالعين، والهبة تفيد ملك العين فهى لا تكون إلا فى الأعيان ويملك بها الموهوب له العين الموهوبة بعد الإيجاب والقبول بقبضها، والوصية تفيد ملك العين إذا كانت وصية بعين فيملك الموصى له العين الموصى بها أو الحصة الشائعة الموصى بها من عين بوفاة الموصى مصرا على وصيته وقبول الموصى له الوصية دون توقف على قبض وقد لا يتوقف الملك الثابت بها على القبول كما فى الوصية للحمل عند

(١) راجع الملكية للدكتور الصدة ص ٧٢٧ وما بعدها ٤٨٧ .

الحنفية أو لمن لا يحصون فيثبت الملك للحمل بولادته حيا، ويثبت الملك لمن لا يحصون في العين الموصى بها بإقباضهم إياها، أما قبل الإقباض فهم مجهولون ولا ملك مع جهالة المالك وإنما يتعلق بالتركة عندئذ مجرد حق لله تعالى مصرفه الجهة الخيرية الموصى لها.

أما إذا كانت وصية بنقود فإن التركة تعتبر بتمامها مثقلة بالمبلغ الموصى به حقا للموصى له، وإن كانت وصية بمنفعة أفادت الموصى له ملك المنفعة، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الوصية في جميع أحوالها لا يتوقف التملك بها على القبول فيثبت الملك فيها للموصى له بمجرد وفاة الموصى ولا تنفذ في أكثر من ثلث التركة إلا بإجازة الورثة وفي إجازتها للوارث خلاف - تراجع أحكام الوصية.

والإجازة إذا كانت الأجرة فيها عينا أفادت تملك المؤجر العين بمجرد العقد عند الجمهور وباستيفاء المنفعة، والمعقود عليها عند الحنفية والمزارعة عقد على العمل في الأرض ببعض الخارج والخارج من الأرض عين يملكه الزارع بعقد المزارعة مع العمل في الأرض والمساقاة عقد على العمل في الشجر ببعض ثمره وذلك عين يملكها المساقى بالعقد وبالعمل في الشجر، والصلح عقد قاطع للنزاع المائل بين متخاصمين، فإذا كان محل الخصومة عينا وكان بدل الصلح عينا كذلك تمثل الصلح بأقرب العقود إليه فأفاد في البدلين ما تفيده تلك العقود، والجماعة كالإجازة تفيد ملك الجعل بالتزام الجاعل وإتمام العامل العمل محل الالتزام. والقسمة تقوم على تميز نصيب الشائع في المال المشترك على ما فصلناه في بيان القسمة من أنها بالنظر إلى ما يأخذه الشريك من أنصباء شركائه نظير ما تركه لهم من نصيبه فيستفيد كل شريك بالقسمة ملك بعض أجزاء العين المشتركة.

ومما يلاحظ أن تملك الأعيان كما يكون بالعقد الذي ينشأ - ويوجد بالإيجاب والقبول على ما بيناه آنفا - كذلك قد يكون بالإرادة المنفردة كما في الشفعة عند من يرى من الفقهاء أن الشفيع يملك بعبارته الدالة على إرادة التملك بها بناء على إرادته وحدها وكما في الشريك في الدين المشترك بالنسبة لما يقضيه أحد الشركاء منه فإنه يملك في المقبوض وهو عين حصة بنسبة ما له في الدين المشترك، وكما في اللقطة عند بعض الفقهاء بعد التعريف بها وانقضاء مدته فإن الملتقط بملكها بإرادته المنفردة وكما في تملك الأب ما لولده عند الحاجة إليه وعدم احتياج الولد إليه فإنه يملكه بعبارته الدالة على ذلك دون توقف على قبول من الولد عند الحنابلة وغير ذلك من المسائل المنبثة في أبواب الفقه.

أسباب ملك المنفعة

تضمن كلامنا فيما سبق بيان ملك المنفعة وبيان حق الانتفاع والفرق بين ملك المنفعة وملك حق الانتفاع، وأن حق الانتفاع يعد من الإباحة، ومن أحكامها قصر الانتفاع على من له هذا الحق دون غيره، وبيننا أن الملكية في المنافع قد تكون شائعة وذكرنا أسباب ملك المنفعة في بيان الملكية الشائعة^(١) وذلك ما يغنينا عن إعادتها مرة أخرى، ولا يمنعنا ذلك من أن نذكر أن عقد الصلح إذا ما كان من قبيل الإجارة مثل أن يكون بدل الصلح منفعة عين معينة مثلاً أفاد ملك المنفعة باعتباره إجارة وأن عقد المساقاة والمزارعة كلاهما يفيد مالك الأرض ومالك الشجر ملك منفعة المساقى والمزارع، وأن نشير هنا إلى أن المنافع التي تقبل الملك يشترط فيها أن تكون مباحة فلا تملك المنافع المحظورة كمنفعة الخنزير والميتة وأن تقبل المعاوضة عليها فلا تملك دور العبادة، وأن تكون متقومة فلا تملك منفعة التافة الحقيق كحبة أرز ولا منفعة استئجار الأشجار لتجفيف الثياب أو للجلوس في ظلها، وأن تكون مملوكة فلا تملك منفعة المباح انتفاعه، وأن تكون مقدورة التسليم فلا تملك منفعة الأخرس ليرافع بكلامه، وألا تكون واجبة الفعل والأداء فلا يصح الاستئجار على الصلاة المفروضة والحج المفروض على مؤديه، وأن تكون معلومة فلا تملك منفعة مجهولة كمن استأجر آلة لا يدري فيم تستعمل.

(١) صفحة ٣٠، وما بعدها.

أسباب نملك الحقوق

ليست الحقوق في واقع أمرها إلا مصالح وليست المصالح إلا من قبيل المنافع، غير أن المنافع نوعان : حقوق شرعها الله سبحانه وتعالى لأصحابها بناء على أسباب تترتب عليها لضرورة وحاجات يتطلبها صلاح المجتمع ونظامه واستقراره وتوفير وسائل العيش والحياة الميسرة لأفراده، وقصدا إلى سد حاجتهم وتحقيق السلام بينهم، وهي أنواع كثيرة عديدة منها ما يتعلق بالأموال، ومنها ما يتعلق بالأسرة، ومنها ما يتعلق بالنفوس، إلى غير ذلك كحق الولاية على النفس، وحق الولاية على المال، وحق الطاعة على الزوجة لزوجها، وعلى الرعية للأمير وحق الضم وحق المشاركة في ولاية الأعمال العامة وغير ذلك من الحقوق.

ومنافع أو حقوق تكتسب من الأعيان أو تترتب على العقود أو على الالتزام على وجه عام وهي عديدة مختلفة باختلاف أسبابها مختلفة الأحكام باختلاف موضوعاتها وما تتعلق به، فمما كان منها مكتسبا من الأعيان فقد سبق بيانه وبيان أسبابه، وما كان منها غير مكتسب من الأعيان بل رتبة الشارع على التعاقد والالتزام أو التكليف أو نحو ذلك فليس من اليسير جمعه وبيانه تحت عنوان عام كهذا، ولذا كان بيانه وبيان أسبابه في ثانيا دراسة الفقه على العموم وما يحويه من عقود والالتزام وتكليف ونحو ذلك. والله موفق للصواب.

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٥
الحق في اللغة	٦
الحق في الفقه الوضعي	٧
انواع الحقوق	٨
اقسام الحقوق الخاصة	١٠
خصائص الحق العيني	١٦
حق الملكية - المالك	١٨
ملك المنفعة	٢٣
حق الملكية في القانون	٢٥
حق الانتفاع في الفقه والقانون	٢٦
تطور حق الملكية	٣٠
شرعية الملكية	٣٨
طبيعة المالك او حق الملكية	٣٩
نطاق المالك ومداه	٤٠
احكام الكنوز والمعادن	٤٨
انواع المالك	٥١
الملكية في الحقوق	٥٦
قسمة المالك بالنظر إلى خصائصه	٥٩
قسمة المالك بالنظر إلى صورته	٦٥
خصائص المالك او الملكية	٦٦
خصائص ملك المنفعة	٧٧
عناصر الملكية	٨٠

٨٤ حماية الملكية
٨٧ قيود الملكية
٩٠ الملكية وأسسها
٩٥ نظرية التعسف فى استعمال الحق
١٠٠ قيود الجوار : الجوار الجانبى
١٠٦ الجوار الراسى
١١٣ قيود الارفاق او الارتفاق
١١٥ اسباب ثبوت هذه الحقوق
١١٧ حق الشرب
١٢٢ حق المجرى
١٢٣ حق المسيل
١٢٤ حق المرور
١٢٥ القيود الإرادية
١٢٨ اقسام الملكية بالنظر إلى صورتها
١٣١ احكام الملكية الشائعة
١٣٢ طبيعة حق الشريك الشائع
١٣٤ احكام الملكية الشائعة فى غير الأعيان
١٤٢ ملك الشريك لها قبضه من الدين
١٤٨ الملكية الشائعة فى المنافع
١٥٠ العارية
١٥٦ الوصية
١٥٧ الوقف
١٥٨ الإقطاع
١٥٩ الوراثة

الشركة فى الحقوق	١٦٢
الملكية الشائعة فى الأعيان	١٦٣
حقوق الشركاء فى الحائط المشترك	١٦٧
الملكية الشائعة فى العقار والمنقول	١٧٠
إجارة الشريك حصته الشائعة	١٨٠
إعارة الحصة الشائعة	١٨١
رهن الحصة الشائعة	١٨١
بيع الحصة الشائعة	١٨٢
الهبة والصدقة	١٨٤
الوقف	١٨٤
انقضاء الشيوع بالقسمة	١٨٩
قسمة الأعيان	١٨٩
ركنها	١٩٥
حكمها	١٩٦
لزمومها وأنواعها	١٩٩
إدخال النقود فى القسمة	٢٠٢
القسمة الاتفاقية	٢٠٤
القسمة القضائية	٢٠٥
ثبوت الخيارات فيها وشروطها	٢٠٦
المهاياة وأنواعها	٢١٢
الملكية الشائعة المستمرة	٢١٥
اسباب كسب الملكية	٢١٨
الاستيلاء	٢١٩
الصيد	٢٣٣

أحكام المعادن والكنوز - أنواع الغلزات	٢٣٩
حكم الكنز	٢٤٢
الأرض الموت وإحيائها	٢٤٧
سبب زهلكها - الإحياء وأثره	٢٤٩
التحجير	٢٥١
الحيابة	٢٥٥
زهلك اللقطة	٢٦٠
الإقطاع	٢٦٢
الشفعة	٢٦٥
أسباب استحقاقها	٢٦٧
تزامم الشركاء	٢٧١
ثبوت حق الشفعة بالجوار	٢٧٥
مراتب الشفعاء	٢٧٦
اختلاف الفقهاء فيما يجب فيه الشفعة وفي سبب ثبوتها	٢٧٨
متى يثبت حق الشفعة للشفيع	٢٨١
المشفوع به والورثة في الشفعة	٢٨٣
طريق الأخذ بالشفعة	٢٨٥
طلب التقرير - وقته - مكانه	٢٩٠
طلب الخصومة	٢٩١
القضاء بالشفعة	٢٩٤
غيبه بعض الشفعاء	٢٩٥
تزامم الشركاء في القانون	٣٠٠
الملك بالشفعة	٣٠٢
الشفعة عند غير الخنفية	٣٠٤

٣٠٦ ما يجب على الشفيع إذاؤه
٣٠٨ التأجيل فى الثمن
٣١١ تصرف المشتري فى المشفوع فيه
٣١٣ زيادة المشفوع فيه فى يد المشتري
٣٢٠ أسباب سقوط الشفعة
٣٢٧ الوراثة
٣٤٥ أسباب ملك المنفعة
٣٤٦ أسباب زملك الحقوق
٣٤٧ محتويات الكتاب

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس